التأليف : استاذ عبد القادر عودة

التشريع الجنائي الاسلامي

في المذاهب الخمسة مقارناً بالقانون الوضعي

التعليق : للمجتهد المجاهد حجة الإسلام والمسلمين
المرحوم السيد اسماعيل الصدر

التأليف : أستاذ عبد القادر عودة

التشريع الجنائي الاسلامي

في المذاهب الخمسة مقارنا بالقانون الوضعي

التعليق : للمجتهد المجاهد حجة الإسلام والمسلمين
المرحوم السيد اسماعيل الصدر

الجزء الأول
القسم العام

التشريع الجنائى الاسلامى

تأليف: الاستاذ عبدالقادر عودة
تحقيق: الفقيه المجاهد آية اله السيداسماعيل الصدر

الطبعة الثانية: سنة ١٤٠٢ هـ .ق
منشورات: قسم الدراسات اسلامية فى مؤسسة البعثة
توزيع: مؤسسة البعثة ــ طهران. شارع سمية تليفون: ٨٢١١٥٩

بِسْمِ اللّٰه الرَّحمٰنِ الرَّحيم

عودة الامة الى الاسلام تعتريها عقبتان:

عقبة خارجية: تتمثل في قوىٰ الاستكبار العالمي المسيطرة على مقدرات المسلمين مباشرة أو عن طر يق عملائهم الطيّعين المتحمّسين لضرب الاسلام أكثر من أسيادهم.

وعقبة داخلية: تتمثل في ظاهرتين، ظاهرة الهزيمة الداخلية التي مُني بها قطاع كبير من أبناء أمتنا أمام وهج الحضارة الاور بية و بر يقها. وظاهرة تخلف الدراسات الاسلامية البناءة عن مواكبة متطلبات عصرنا الراهن وعن لغة الجيل المعاصر.

انتصار الثورة الاسلامية في إيران يشكل عاملاً مهماً على طر يق إزالة العقبتين عن طر يق الامة الاسلامية.

هذا الانتصار أثبت أولا قدرة الاسلام على الاطاحة بأعتىٰ قوة إستكبار ية عالمية و بأقوى نظام عميل في المنطقة. و بعث بذلك الأمل جديداً في قلوب الذين كاد اليأس أن يخامرهم من إمكان التخلص من نيرطواغيت الارض.

كما إن هذا الانتصار دحر المهزومين روحياً، والمبهور ين بحضارة الغزاة، والمستغر بين الذين وجدوا مَثَلهم الاعلى في الشرق والغرب. إضافة الى ذلك، فهذا الانتصار دفع بالدراسات الاسلامية لان تواكب متطلبات الدولة الاسلامية المباركة من طروحات فكر ية وعملية اسلامية.

لكنّ هذا لايعني أن العقبتين قد زالتا عن الطر يق. فمؤامرات المستعمر ين وعملائهم تتصاعد باستمرار ضد الكيان الاسلامي الوليد، كما إن أمام الثورة طر يق طو يل لازالة كل مخلفات ثقافة المستعمر ين هذا الى جانب وجود الحاجة الملحة لدراسات إسلامية هادفة على مستوى متطلبات العصر، توضّح معالم المسيرة الاسلامية على الساحة الداخلية والعالمية.

ومع كل هذا، فالثورة الاسلامية ماضية في طر يقها بعزم و صمود، و بشكل إعجازي يجسّد قدرة الاسلام على مواجهة أنواع التحديات والصعاب والعقبات.[1]

الثورة تتجه نحو التأصّل والتجذّر والفرز الحاسم، ولفظ كل ماهو دخيل على الاسلام.

وجاء نداء الامام القائد في ذي القعدة ١٤٠٢ هجرية بشأن الغاء كل القوانين غير الاسلامية في المحاكم، واحلال القوانين الاسلامية في جميع أجهزة القضاء، ليشكل خطوة حاسمة على طريق الثورة الاسلامية، بحيث أطلق على هذا التغيير الجديد اسم «الثورة الرابعة»، بعد الثورة الاولى التي قضت على الشاه ومن وراءه، والثورة الثانية التي حطمت النفوذ الامريكي في إيران باحتلال وكر التجسس (السفارة الامريكية)، والثورة الثالثة التي أبعدت العناصر الحاكمة المهزومة المشكوكة عن الحكم وعلى رأسها رئيس الجمهورية الاسبق.

وهذه الثورة القضائية صعدّت من حاجة الدول الاسلامية الى دراسات ودارسين في القضاء الاسلامي. وإسهاماً منّا في سدّ جانب من هذه الحاجة، عزمنا ــ باذن الله ــ على إعادة طبع كتاب «التشريع الجنائي في الاسلام» الذي نفذ من الاسواق.

ونحن على ثقة بأن هذا الكتاب الذى ألفه مجاهد عالم هوالاستاذ المرحوم عبدالقادر عودة، وعلق عليه المجاهد الفقيه المرحوم السيد اسماعيل الصدر، يستطيع أن يسدّ جانبا مهماً من الفراغ في الدراسات القضائية الاسلامية، خاصة وانه يضم بين دفتيه وجهة نظر المذاهب الاسلامية الخمسة بما فيها مدرس أهل بيت رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلم.

ومن الله نستمدّ العون والتوفيق، إنه نعم المولىٰ ونعم النصير

منشورات: قسم الدراسات اسلامية فى مؤسسة البعثة / مؤسسة البعثة

ذي الحجة ١٤٠٢ هجرية

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي علم الإنسان بعد جهل ، وهداه بعد ضلال ، وفقّهه بعد غفلة ، والصلاة والسلام على محمد رسول الله الذي أرسله ربه للناس كافة بشيراً ونذيراً وهاديا ومعلماً ، ليهلك من هلك عن بيّنة ، ويحيى من حيّ عن بيّنة .

وبعد ، فهذه دراسات في التشريع الجنائي الإسلامي مقارنة بالقوانين الوضعية ، وفقني الله فيها — ١ — إلى إظهار محاسن الشريعة — ٢ — .

---

١ — ولقد وفقني الله سبحانه وتعالى وهذا من نعمه وفضله للتعليق على هذا الكتاب الجليل لبيان رأي فقهاء المذهب الجعفري في المسائل الشرعية التي تذكر في الكتاب وفي موارد الاختلاف بينهم ، اذكر الرأي السائد عندهم ، وأشير الى الرأي الراجح عندي وان كان خلاف الرأي المشهور بينهم .

ثم انه قبل الشروع في التعليقة أحب ان أنبه على أمر أرى من المناسب تنبيه القراء عليه وهو انه قد يتراءى من قولنا المذهب الجعفري وفقهاء المذهب الجعفري أن الامام جعفر بن محمد (ع) مجتهد من المجتهدين وأن الشيعة الجعفرية يرجعون اليه في التقليد كما يرجع الحنفية الى أبي حنيفة ، والشافعية الى محمد بن ادريس الشافعي والمالكية الى مالك بن أنس والحنابلة الى أحمد بن حنبل ، كما قد يتخيل أن مجتهدي الشيعة انما هم مجتهدو مذهب ، فيجتهدون في فهم فتاوى جعفر بن محمد عليه السلام كمجتهدي المذهب الحنفي اذ يجتهدون في فهم فتاوى أبي حنيفة ولكن الصحيح ان الامام جعفر بن محمد هو أحد الائمة الاثني

عشر عند الشيعة الامامية ويعتقدون به كما يعتقدون ببقية أئمتهم أنهم علماء بحكم الله الواقعي وقد أخذوا العلم عن جدهم أمير المؤمنين (ع) عن الرسول الاعظم (ص) ولقد قال علي (ع) « علمني رسول الله الف باب من العلم ينفتح لي من كل باب الف باب » • وبعد معرفتهم (ع) بالاحكام الشرعية الواقعية فلا يحتاجون الى الاجتهاد والى استنباط الاحكام الشرعية من ادلتها كما هو شأن المجتهدين، فلا خصوصية للامام جعفر بن محمد الصادق عن بقية ائمة أهل البيت عليهم السلام، وانما ينسب المذهب اليه (ع) دون سواه ؛ لانه روي عنه من الاحكام الشرعية اكثر مما روي عن بقية أئمة أهل البيت (ع) لانه أطولهم عمرا وكان الضغط السياسي عليه (ع) أقل مما كان على بقية ائمة أهل البيت لانه (ع) عاصر أواخر الدولة الاموية أيام ضعفها وانحلالها ووقوع الخلاف بين أفرادها وانشغالها عن مراقبته (ع) كما عاصر أوائل عهد الدولة العباسية، أيام نشوئها وأوائل أيامها وانشغالها بمحاربة الدولة الاموية وانصارها واتباعها وسعيها لجمع الكلمة حولها، وقد كانت قد أعلنت دعوتها باسم بني هاشم ؛ لا باسم الاسرة العباسية فلم تكن تتمكن من الضغط على الامام جعفر بن محمد ومنعه من نشر أحكام الاسلام وشتى علومه، بل كانت في حاجة الى أن تنال رضاه لتحبب نفسها الى الناس ؛ فلذا كثر الرواة عنه ، وألفت عدة كتب فيما روي عنه من الاخبار ولقد بقيت منها اربع مئة كتاب عرفت بالاصول الاربعمائة الى القرن الرابع والخامس الهجري ؛ وقد جمعت في الكتب الاربعة وهي أشهر كتب الحديث عند الشيعة، وهي: الكافي للشيخ محمد بن يعقوب الكليني المتوفى سنة ٣٢٩ هـ، والتهذيب والاستبصار للشيخ ابي جعفر الطوسي المتوفى سنة ٤٦٠ هـ، ومن لا يحضره الفقيه للشيخ الصدوق

وتفوقها على القوانين الوضعية ، وسبقها إلى تقرير كل المبادىء الإنسانية ، والنظريات العلميـة والاجتماعية التي لم يعرفها العالم ولم يهتد إليهمـا العلماء إلا أخيرا •

وسيرى القارىء مصداق هذا القول بين دفتي هذا الكتاب ، وأرجو أن لا ينتهي من قراءته إلا وقد أصبح يعتقد بما أعتقده ، وهو أن الشريعة الإسلامية هي شريعة كل زمان ومكان •

والحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله •

رَبِّ اشْرَحْ لي صَدْرِي وَيَسِّرْ لي أمْرِي ، واحْلُلْ عُقْدَةً مِنْ لِسانِي يَفْقَهُوا قَوْلِي •

محمد بن علي بن الحسين بن بابويه المتوفى سنة ٣٨١ هـ ، فلهذا كلـه نسبت الشيعة الى الامام جعفر بن محمد الصادق (ع) ، وقيل انهم أتباع المذهب الجعفري ويقال لاحدهم جعفري •

اما مجتهدو الشيعة فهم يستنبطون الاحكام الشرعية من الادلة المعتبرة عندهم وهي الكتاب والسنة والعقل والاجماع ، والروايات المروية عن أئمة أهل البيت (ع) هي عند علماء الشيعة بحكم السنة لما مر علينا قريبا من انهم ينطقون عن لسان جدهم (ص) ويخبرون عن العلم الواقعي الذي أخذوه عن الله بواسطة جدهم الاعظم (ص) •

أما عوام الشيعة فهم يرجعون في التقليد الى المجتهدين الـذين يستنبطون الحكم الشرعي من الكتاب والسنة النبوية وأخبار ائمة أهل البيت والعقل والاجماع •

٢ ـ الى اظهار محاسن الشريعة •

كما اشكره سبحانه على أن وفقني لاظهار محاسن الفقه الجعفري وما يمتاز به بين آراء بقية المذاهب الاربعة •

تقديم وتوجيه

١ ــ موضوع البحث :

هذه دراسات في التشريع الجنائي الإسلامي ــ ٣ ــ مقارنة بالقوانين الوضعية وعلى الأخص القانون المصري ، تقوم على بحث المبادىء والنظريات العامة في الشريعة والقوانين ، وبيان وجوه الخلاف والوفاق بينهما ــ وقد بدأت فيها بمقارنة أحكام القسم الجنائي ؛ وأرجو أ ن يعينني الله حتى أتمه، وأن يوفقني بعد إتمامه الى مقارنة أحكام القسم المدني •

٢ ــ محتويات الجزء الاول :

وقد خصصت هذا الجزء لمباحث القسم الجنائي العــام ؛ وسيكون الجزء الثاني شاملا للقسم الجنائي الخاص •

٣ ــ مدى المقارنة بين الشريعة والقانون الوضعي :

وسيرى القاريء أني حرصت أشد الحرص على أن تكون المقارنة شاملة لكل المباديء والنظريات في كل موضع جل أو هان ، وقد أردت من هــذا أن يكون القارىء على علم بأحكام الشريعة ــ ٤ ــ في كل صغيرة وكبيرة

---

٣ ــ على وفق المذاهب الاربعة التي يتبعها اهل السنة والجماعة وقد تكفلنا في التعليقة لبيان رأي الفقه الجعفري •

٤ ــ على وفق المذاهب الاربعة السنية وقد أردت في التعليقة أن يطلع القاريء على رأي فقهاء المذهب الجعفري •

ومدى اتفاقها أو اختلافها مع أحكام القوانين الوضعية ، كما أردت أن أقطع الطريق على من في قلوبهم مرض فلا يقولون لماذا خاض في هذا الموضوع وترك ذاك .

وحين أقارن بين الشريعة والقوانين الوضعية ، لن أتتبع القانون في أطواره الأولى بالمقارنة والموازنة ، ولن أقارن بين القانون في القرن السابع الميلادي وبين الشريعة التي أنزلت على محمد صلى الله عليه وسلم في أول هذا القرن ، فإن القانون في هذه العهود لم يكن في مستوى يسمح له أن يقارن بالشريعة الإسلامية ، ولكنني أقارن حين أقارن بين القانون في عصرنا الحاضر وبين الشريعة ، وحين أفعل هذا إنما أقارن بين قانون متغير متطور يسير حثيثا نحو الكمال حتى يكاد يبلغه كما يقال ، وبين شريعة نزلت من ثلاثة عشر قرنا لم تتغير ولم تتبدل فيما مضى ولن تتغير أو تتبدل في المستقبل، شريعة تأبى طبيعتها التغيير والتبديل ، لأنها من عند الله ، ولا تبديل لكلمات الله ، ولأي من صنع الله الذي أتقن كل شيء خلقه فليس ما يخلقه في حاجة الى إتقان من بعد خلقه .

فنحن إذن حين نقارن انما نقارن بين أحدث الآراء والنظريات في القانون وبين أقدمها في الشريعة ، أو نحن نقارن بين الحديث القابل للتغيير والتبديل، وبين القديم المستعصي على التغيير والتبديل ، وسنرى ونلمس من هذه المقارنة أن القديم الثابت خير من الحديث المتغير ، وأن الشريعة على قدمها أجل من أن تقارن بالقوانين الوضعية الحديثة ، وأن القوانين الوضعية بالرغم مما انطوت عليه من الآراء واستحدث لها من المباديء والنظريات ما تزال في مستوى أدنى من مستوى الشريعة .

وليعجب من يشاء كما شاء من هذا القول ، فإن الحق في هذه الأيام

أصبح غير مألوف بحيث يعجب منه أكثر الناس ، ولكن العجب لن يستبد بمن كان له عقل يفكر ، ويقدر ، ويقارن ، ويوازن ، ويميز الخبيث من الطيب .

إن الحديث قد يكون خيراً من القديم اذا قورن ما صنعه الناس قديما بما يصنعه الناس اليوم ، ولكن الحديث لن يتهيأ له أن يصل الى مستوى القديم إذا قورن ما يصنعه الناس بما صنعه رب الناس .

لقد صنع الله موسى وعيسى ومحمداً وأوحى إليهم بالتوراة والإنجيل والقرآن فهل جاء قبلهم أو بعدهم من غير الرسل من يصح أن يوضع معهم موضع المقارنة ؟ وهل استطاع البشر أن يأتوا بمثل ما أتوا به ؟ ولقد صنع الله السماء والارض ، وسخر لنا الشمس والقمر ، وخلقنا معشر البشر ، فهل يحسن البشر أن يصنعوا مثل هذا ؟ انهم لا يحسنون أن يصنعوه ، بل إن أكثرهم لا يحسنون أن يفقهوه . واذا استساغت عقول البشر أن تضع ما يصنعه مخلوق في مستوى ما صنعه مخلوق آخر فإن هـــذه العقول لا تستسيغ بأي حال أن تضع ما يصنعه المخلوق في مستوى ما صنعه الخالق لأنها تدرك الفرق بين الصناعتين ، وتحس المدى الواســع بين الصانعين . ولا شك أن العقول التي تدرك هــذا جديرة بأن تدرك الفرق بين الشريعة الإسلامية وهي من صنع الله ، وبين القوانين الوضعية وهي من صنع البشر فاذا عجزت بعض العقول عن إدراك الفرق بينهما ، فأولى بأصحابها أن لا يعجبوا مما نقول وعليهم أن يعجبوا من أنفسهم كيف لا يدركون الواقــع المحس ، وكيف لا يفهمون الاوليات والبدائه ؟ .

٤ ـ المذاهب الشرعية المقارن بها :

وسيرى القاريء أني لم أعتمد في المقارنة مذهبا واحدا من مذاهب الفقهاء الإسلاميين ، وانما جعلت عماد المقارنة المذاهب الأربعة المشهورة وهي

المذهب المالكي ، والمذهب الحنفي ، والمذهب الشافعي ، والمذهب الحنبلي ؛ فبينت أحكام كل مذهب من هذه المذاهب في كل موضع طرقته ، واجتهدت أن أبين أساس الخلاف بين المذاهب ان كان ثمة خلاف ؛ ليكون القاريء ملما باتجاه كل مذهب وسنده •

٥ ـ علة الاقتصار على المذاهب الاربعة :

وكان بودي أن أدرس بعض المذاهب الاخـــرى المشهورة كمذهب الشيعة ـ ٥ ـ والخوارج والظاهرية ، ولكن ظروفي ووسائلي ووقتي قصرت بي عن بلوغ ما اريد ، فأنا موظف شاء حظه أن يكون مقر عمله في الريف دائما حيث تقل المكتبات والكتب أو تنعدم ، ومن ثم فقـــد اعتمدت نفسي في اقتناء الكثير الذي أجده . وقنعت باستعارة القليل الذي أجده ، وأغلب من يعتمدون على أنفسهم مثلي في هذه الحالة لا يستطيعون أن يحصلوا على كل ما يشتهون •

وكان الوقت أعظم مشاكلي ، فعملي الرسمي يأخـــذ مني كل أوقات فراغي تقريبا ولولا أني خصصت أوقات راحتي اليومية ، وأيام عطلتي السنوية للدراسة والاطلاع ، لما تغلبت على هذه المشكلة •

وقد كان هذا كله سببا في أن أقصر دراستي على هذه المذاهب الأربعة وأن أترك ما عداها من المذاهب المشهورة ـ ٦ ـ ، ولعلي أتدارك ما فاتني

---

٥ ـ وتعليقتنا هذه تحقق أمل المصنف وتبين آراء فقهـــاء المذهب الجعفري الشيعي •

٦ ـ وقد تكفلت هذه التعليقة لاشهر تلك المذاهب وهـــو المذهب الجعفري الشيعي •

في طبعة مقبلة ان شاء الله .

٦ - لغـــة البحث :

ولم أشأ أن أكتب باللغة التي يكتب بها فقهاء الشريعة لأني دون شك أعجز من أن أجاريهم في أسلوبهم الدقيق العميق ولأن القاريء العادي يعجز عن فهم هذا الاسلوب ، وفضلت أن أكتب باللغة التي يكتبها ويفهمها رجل القانون الآن مكتفيا بابقاء الاصطلاحات الفنية الشرعية أو ذكرهـا وذكر ما يقابلها في اصطلاحنا القانوني ، ولكني لم أهمـل الإشارة الى المراجع التي استندت اليها أو أخذت عنها .

وقد دفعني لسلوك هذا الطريق الحرص على أن يفهم كل قاريء ما أكتب دون حاجة الى تعمق في الفهم او كدّ للذهن ، ولعلي بهذه الطريقة أكون قد سهلت لمن درسوا دراسة مدنية فهم الشريعة دون حاجة للرجوع الى كتبها ، بل لعلي أكون قد سهلت لهؤلاء فهم كتب الشريعة على حقيقتها اذا ما حاولوا الرجوع اليها بعد قراءة كتابي هذا ، فمما لا شك فيه أن كتب الشريعة مكتوبة بلغة دقيقة مركزة ، ولا يستطيع فهم هذه الكتب الا من مرن على قراءتها ، وكان على علم بالقواعد الشرعية الاساس ، وهـــذه صفات لا تتوفر غالبا فيمن درسوا دراسة مدنية .

على أني مهما حاولت أن التزم أساليبنا القانونية ، فاني اعلم اني عاجز عن التخلص من اثر الأساليب الشرعية ، ولعل مصاحبتي الطويلـة لكتب الشريعة قد تركت اثرها في لغتي واسلوبي وهو اثر ارجو ان يفيد القاريء وان يقرّبه مرحلة من فهم كتب الشريعة .

٧ - الفقهاء والشراح :

وقد التزمت أن أقصر لفظ الفقهاء على علماء الشريعة ، وأن أخصص لفظ

الشراح لعلماء القانون ، وأحب الآن أن أنبه لذلك حتى إذا ما عرض أحد اللفظين غير مميز على القاريء لم يشتبه عليه الأمر • وأساس هذه التفرقة غلبة التسمية وانطباق اسم كل على عمله ، ففي الشريعة يسمون العالم في الغالب فقيها ، وفي القوانين يسمون العالم في الغالب شارحا ، والواقع أن طبيعة عمل كل منهما تصلح أساسا للاسم الذي غلب عليه ، فالعالم في الشريعة يشرح النصوص وهي قليلة ، ويستنبط القواعد والمباديء والنظريات التي تترتب على هذه النصوص ويرتب على أساسها الاحكام ، فأكثر عمله فقه وأقله شرح ومن ثم غلب عليه لفظ الفقيه • والعالم في القانون أكثر عمله شرح النصوص التي لا حد لها من الكثرة ، وهو يشرحها طبقا للقواعد والمباديء التي جاءت بها النصوص العامة ، وهذا لا يمنعه أن يستنبط بين الحين والآخر مبدأ جديدا أو نظرية حديثة ، الا أن استنباط المباديء والنظريات هو أقل عمله وشرح النصوص هو أكثر عمله ، لأن ورود النصوص في كل ما يتصور من حالات يسد عليه باب التفكير والاستنباط ويوجهه الى الشرح ، ومن ثم غلب عليه لفظ الشارح •

٨ ـ لماذا بدأت بالقسم الجنائي :

ولقد بدأت بالقسم الجنائي لانه القسم المنبوذ المظلوم في الشريعة • فنحن معشر القانونيين لا ندرس من الشريعة الا الجزء الخاص بالاحوال الشخصية ، وما عدا ذلك فهو مهمل اهمالا يكاد يكون تاما وبخاصة القسمين المدني والجنائي • وقد أدى بنا هذا الاهمال الى نتيجة لابد منها وهي إنا نجهل أحكام هذين القسمين جهلا فاضحا • ولكننا بالرغم من ذلك نعترف بأن الشريعة بلغت في المسائل المدنية مستوى لا يقل عن المستوى الذي بلغته القوانين الوضعية •

وقد ساعدنا على هذا الاعتراف من وجه أن رجال القانون يرجعون الى الشريعة مجبرين في قليل من المواضع المدنية ، لان نصوص القانون المدني التي تحكم هذه المواضيع أخذت عن الشريعة الاسلامية ، وهذه النصوص على قلتها يمكن أن تعطى فكرة لا بأس بها عن الشريعة . كذلك ساعد على هذا الاعتراف من وجه آخر أن المرحوم محمد قدري باشا سهل بكتابه « مرشد الحيران » المقارنة بين القسم المدني من الشريعة على مذهب ابي حنيفة وبين القوانين الوضعية ، حيث نظم أحكام المذهب الحنفي في المسائل المدنية في مواد وأبواب متتالية على غرار مواد وأبواب القانون المدني المصري ، فمكن رحمه الله بعمله هذا لكل من يطلع على كتابه أن يقارن بسهولة بين أحكام الشريعة وأحكام القانون ، وأن يعرف دون الرجوع الى الكتب الفقهية مدى الائتلاف والاختلاف ، وان كانت هذه المعرفة وتلك المقارنة لا تنتهي في الغالب الى نتائج صحيحة ما دام المطلع يجهل كل الجهل الاصول والقواعد العامة التي قامت عليها الاحكام الشرعية ، وما دام يجهل كل شيء عن آراء فقهاء المذاهب الاخرى .

أما القسم الجنائي فهو في عقيدة جمهور رجال القانون لا يتفق مع عصرنا الحاضر ولا يصلح للتطبيق اليوم ، ولا يبلغ مستوى القوانين الوضعية. وهي عقيدة خاطئة مضللة . واذا حاول أي شخص منصف أن يعرف الاساس الذي قامت عليه هذه العقيدة فسيعجزه أن يجد لها أساسا سوى الجهل ، وسيدهشه أن يعلم أننا نحكم على القسم الجنائي في الشريعة بعدم الصلاحية ونحن نجهل كل الجهل أحكام الشريعة الجنائية مجملة ومفصلة .

ومن المؤلم للنفس أن تروج هذه العقيدة الخاطئة أو الاكذوبة الكبرى وأن يلقنها الطلبة على أنها عقيدة مسلم بها من أولي العلم والقائمين على أمر

التشريع بالرغم من أنها قائمة على مخالفة الواقع ، وانكار الحقائق ، والجهل الفاضح بأحكام الشريعة . ومن أراد أن يعرف مدى خطأ هذه العقيدة وضلالها فعليه أن يرجع الى الكتب الشريعة الإسلامية ليرى أن كل مبدأ وكل قاعدة وكل نظرية في الشريعة الاسلامية تنادي بخطأ هذه العقيدة وبعدها من الصواب .

وقد رأيت من الواجب علي ، بعد أن تبين لي ذلك أن أحارب هذه العقيدة الخاطئة الظالمة ، وأن أبدأ بالكتابة في القسم الجنائي الذي نبذناه دون حق ، وجهلناه دون عذر ، لأعرف الناس بهذا القسم على حقيقته ، ولابين لهم أن الشريعة تتفوق على القوانين الوضعية تفوقا عظيما في المسائل الجنائية عامة ، وأن القسم الجنائي في الشريعة صالح كل الصلاحية للتطبيق في عصرنا الحالي وفي المستقبل كما كان صالحا كل الصلاحية في الماضي .

٩ ـ كيف دفعت لدراسة الشريعة ؟ :

وأعترف للقاريء أنني لم أبدأ دراسة الشريعة الاسلامية الا في سنة ١٩٤٤ م وأنني لم أكن قبل ذلك مشغوفا بقراءة كتب الفقه ، ولكنني كنت مشغوفا بقراءة كتب التاريخ وسير أبطال الاسلام . وكتب التاريخ الاسلامي لا تتعرض عادة للمسائل الفقهية ، ولكنها حين تتعرض للبطل كقاض أو حاكم أو مشرع ، تذكر بعض ما أثر عنه من قضاء أو حكم أو تشريع ، وهذه الآثار تثير في الرجل الفني روح الموازنة والمفاضلة.وقد أدهشني أني لم أجد قضاء أو حكما أو تشريعا اسلاميا إلا روعيت فيه المباديء والنظريات الجنائية الحديثة التي قيل لنا في المدارس : انها من ابتداع القوانين الوضعية ، وان العالم لم يعرفها إلا في القرن التاسع عشر على اثر الثورة الفرنسية ، فحملني هذا التناقض الظاهر بين ما سمعت وبين ما لمست على أن أدرس القسم الجنائي في الشريعة دراسة منظمة ، وقد خرجت من دراستي بأن العيب الوحيد في هذا

القسم هو أن الناس يجهلونه كل الجهل ، وأنه فيما عدا ذلك خير من أي قانون وضعي على وجه الارض ، بل هو المثل الاعلى الذي يجب أن يأخذ به ويحتذيه كل مشرع وضعي في أي بلد غير اسلامي .

١٠ ـ حاجة الكتب الشرعية الى تهذيب :

ولقد أتعبتني دراسة القسم الجنائي حيث بدأت الدراسة وأنا لا أعرف شيئا يذكر من علم الاصول ولا المصطلحات الفقهية ، وزاد الدراسة تعبا أني لم أتعود قراءة كتب الفقه ، وأن هذه الكتب ليست مفهرسة ، وليس من السهل على من يحب الاطلاع على مسألة معينة أن يعثر على حكمها في الحال ، بل عليه أن يقرأ بابا وأبوابا حتى يعثر على ما يريد خصوصا اذا لم يكن له من يرشده ، وقد ييأس الباحث من العثور على ما يريد ثم يوفقه الله فيعثر عليه مصادفة في مكان لم يكن يتوقع أن يجده فيه .

ولا يسير فقهاء المذاهب المختلفة على غرار واحد في الترتيب والتأليف ، فما يقدمه مذهب قد يؤخره المذهب الآخر ، وما يدخل في باب معين في هذا المذهب قد لا يدخله المذهب الآخر في نفس الباب . ويضاف الى ما سبق أن الفقهاء يكتبون بعبارة مركزة دقيقة وهم في كثير من الاحوال يذكرون الحكم ولا يذكرون علته خصوصا في الكتب المختصرة والمتون .

ولا شك أن دراسة المذاهب الشرعية دراسة مقارنة مجهدة بذاتها ، لاني كنت أدرس بدلا من الكتاب الواحد أربعة كتب ، ولكن هذه الدراسة أفادتني في الواقع فائدة كبرى اذ سهلت لي فهم مختلف النظريات وفهم الاسس التي بنى عليها كل فقيه نظريته ، وساعدت على اظهار الفروق الدقيقة بين المذاهب الفقهية .

وأعترف أني عندما قرأت كتب الشريعة لاول مرة لم أفهمها حق الفهم ،

فقد أخذت عن بعض المسائل فكرة تبين لي خطؤها في القراءة الثانية ، ومن ثم فقد قرأتها مثنى وثلاث ورباع ، بل قرأتها حتى أصبحت أستزيد بقراءتها عمقا ولا أكاد أصحح خطأ . ولقد حملني على قراءة الموضوع الواحد أكثر من مرة أني كنت أدرس المذاهب الاربعة وأدرس عدة كتب لمؤلفين مختلفين في كل مذهب ، وساعد على هذا أني لم أحصل أول الامر الا على كتب قليلة مختصرة ، ثم صرت أحصل تباعا على غيرها مما هو أكثر توسعا منها . على أني مع هذا لا أعتقد أني سلمت من الوقوع في الخطأ ، فما أنا الا انسان غير معصوم بذل جهده في تجنب الخطأ واني لارجو ممن يعثر على خطأ أن يبصرني به مشكورا لاتجنبه في المستقبل .

وحين لمست المجهود الذي يجب على رجل القانون أن يبذله ليلم بأحكام الشريعة ، ورأيت النتائج الباهرة التي وصلت اليها ، واكتشفت الاخطاء المضحكة المبكية التي وقعنا فيها ، شعرت بأن عليّ واجبا عاجل الاداء نحو الشريعة ، ونحو زملائي من رجال القانون ، ونحو كل من درسوا دراسة مدنية ، وهذا الواجب هو أن أعرض على الناس أحكام الشريعة في المسائل الجنائية في لغة يفهمونها وبطريقة يألفونها ، وأن أصحح لرجال القانون معلوماتهم عن الشريعة ، وان أنشر على الناس الحقائق التي حجبها الجهل عنا زمنا طويلا .

١١ ــ طريقة التأليف :

وسيرى القاريء أني نظمت الكتاب وبوبته على غرار كتب القانون وقد تعمدت هذا لاقرب البحث من قلوب رجال القانون وعقولهم ، وحتى لا يشعروا أنه غريب عليهم أو على غير مألوفهم فيقدموا على قراءته متشوقين ، ويسهل عليهم أن يبحثوا عما يشاءون لانهم سيجدونه في المحل

الذي ألفوا أن يجدوه فيه ٠

وقد شجعني على اختيار هذه الطريقة أن الفقهاء لا يفصلون بين القسم العام والقسم الخاص كما يفعل اليوم شراح القانون ، بل هم يتكلمون على القواعد العامة بمناسبة الكلام على الجرائم الخاصة كلما اقتضى الامر بحث قاعدة عامة أو الكلام عليها ، فاذا ما فصلت القسم العام عن القسم الخاص وأظهرت أحكام كل على حدة ، فإنما فعلت ذلك لتسهيل البحث ونزولا على حكم التطور في التأليف والترتيب ، وقد اقتضاني هذا أن أدرس الحدود والقصاص والتعازير ، أو بتعبير آخر كل ما كتب عن الجرائم ، لاستخرج من هذا كله القواعد العامة ، ثم نظمتها بعد جمعها على الوجه الذي سيراه القراء ٠

١٢ ــ كيف وصمت الشريعة بعدم الصلاحية :

وقد تبين لي ــ كما سيتبين للقاريء ــ من دراسة الشريعة أن القائلين بان الشريعة لا تصلح للعصر الحاضر لا يبنون رأيهم على دراسة علمية أو حجج منطقية ، لان الدراسة العلمية والمنطق يقتضيان القول بتفوق الشريعة الاسلامية على القوانين الوضعية ، وبصلاحية الشريعة لهذا العصر ولما سيتلوه من عصور ٠

وفوق هذا فالقائلون بعدم صلاحية الشريعة للعصر الحاضر فريقان : فريق لم يدرس الشريعة ولا القانون ، وفريق درس القانون دون الشريعة ، وكلا الفريقين ليس أهلا للحكم على الشريعة لانه يجهل أحكامها جهلا مطبقا ومن جهل شيئا لا يصلح للحكم عليه ٠

والواقع أن هؤلاء الجاهلين بالشريعة يبنون عقيدتهم الخاطئة في عدم صلاحية الشريعة على قياس خاطيء وليس على دراسة منظمة ، ذلك أنهم

تعلموا أن القوانين الوضعية القائمة الآن لا تمت بسبب الى القوانين القديمة التي كانت تطبق حتى أواخر القرن الثامن عشر وأوائل القرن التاسع عشر الميلادي ، وعلموا أن القوانين الوضعية الحديثة قائمة على نظريات فلسفية واعتبارات اجتماعية وانسانية لم يكن لها وجود في القوانين القديمة ، وتحملهم المقارنة بين هذين النوعين من القوانين على الاعتقاد بعدم صلاحية القوانين القديمة للعصر الحاضر ، وهو اعتقاد كله حق ، ولكنهم ينساقون بعد ذلك الى الخطأ حين يقيسون الشريعة الاسلامية بالقوانين الوضعية فيقولون : ما دامت القوانين التي كانت سائدة حتى أواخر القرن الثامن عشر لا تصلح لعصرنا الحاضر فكذلك الشريعة الاسلامية التي كانت سائدة في العصور الوسطى ، والتي ظل الكثير من أحكامها معمولا به حتى أواخر القرن الثامن عشر . وفي هذا القياس الباطل خطؤهم المجسم الذي لا يكاد يفوت الناقد البصير .

١٣ ــ وجه الخطأ فى قياس الشريعة بالقانون :

ووجه الخطأ في هذا القياس أنهم سووا بين القوانين الوضعية التي وضعها البشر وبين الشريعة الاسلامية التي تكفل بوضعها خالق البشر ، فهم حين يقيسون انما يقيسون الارض بالسماء والناس برب الناس ، فكيف يستوي في عقل عاقل أن يقيس نفسه بربه وأرضه بسمائه ؟ .

وجه الخطأ في هذا القياس أنهم سووا بين الشريعة والقانون وهما مختلفان في طبيعتهما جد الاختلاف ، ونستطيع أن نتبين مدى هذا الخلاف اذا استعرضنا نشأة كل منهما ومميزاته الجوهرية التي تميزه عن غيره .

١٤ ـ لا قياس بين مختلفين :

واذا صح أن الشريعة تختلف عن القوانين اختلافات أساسية وتتميز عنها بمميزات جوهرية فقد امتنع القياس ، لان القاعدة أن القياس يقتضي مساواة المقيس بالمقيس عليه . فاذا انعدمت المساواة فلا قياس أو كان القياس باطلا .

ولما كان القائلون بعدم صلاحية الشريعة للعصر الحاضر يبنون رأيهم على قياس الشريعة بالقوانين الوضعية ، ولا مساواة بين الشريعة وهذه القوانين فيكون قياسهم باطلا . وادعاؤهم بعدم صلاحية الشريعة للعصر الحاضر ادعاء باطلا ، لانه بنى على قياس باطل ، وما قام على الباطل فهو باطل .

وسنستعرض فيما يلي نشأة القانون ونشأة الشريعة ووجوه الخلاف بينهما ومميزات كل منهما ، وسيظهر هذا الاستعراض الفرق جليا بين الشريعة والقانون لمن لا يحسن التفريق بينهما ، وسيتبين منه أن الشريعة تختلف عن القانون اختلافات أساسية ، وتتميز عنه بصفات جوهرية .

١٥ ـ نشأة القانون :

ينشأ القانون الوضعي في الجماعة التي ينظمها ويحكمها ضئيلا محدود القواعد ، ثم يتطور بتطور الجماعة فتزداد قواعده ، وتتسامى نظرياته كلما ازدادت حاجات الجماعة وتنوعت ، وكلما تقدمت الجماعة في تفكيرها وعلومها وآدابها . فالقانون الوضعي كالوليد ينشأ صغيرا ضعيفا ، ثم ينمو ويقوى شيئا فشيئا حتى يبلغ أشده ، وهو يسرع في التطور والنمو والسمو كلما تطورت الجماعة التي يحكمها وأخذت بحظ من الرقي والسمو ، ويبطيء في تطوره ونموه كلما كانت الجماعة بطيئة النمو والتطور . فالجماعة اذن هي

التي تخلق القانون الوضعي وتصنعه على الوجه الذي يسد حاجاتها وينظم حياتها ، وهو تابع لها وتقدمه مرتبط بتقدمها .

وعلماء القانون الوضعي حين يتحدثون عن النشأة الاولى للقانون يقولون انه بدأ يتكون مع تكون الاسرة والقبيلة ، وان كلمة رب الاسرة كانت قانون الاسرة ، وكلمة شيخ القبيلة كانت قانون القبيلة ، وان القانون ظل يتطور مع الجماعة حتى تكونت الدولة ، وان عادات كل أسرة كانت لا تتفق مع عادات غيرها من الاسر ، وتقاليد كل قبيلة لم تكن مماثلةلتقاليد غيرها من القبائل . وان الدولة حين بدأت تتكون وحدت العادات والتقاليد وجعلت منها قانونا ملزما لجميع الافراد والاسر والقبائل الداخلين في نطاق الدولة . ولكن قانون كل دولة لم يكن يتفق في الغالب مع قوانين الدول الاخرى ، وظل هذا الخلاف حتى بدأت المرحلة الاخيرة من التطور القانوني في أعقاب القرن الثامن عشر على هدى النظريات الفلسفية والعلمية والاجتماعية فتطور القانون الوضعي من ذلكالوقت حتى الآن تطورا عظيما ، وأصبح قائما على نظريات لم يكن لها وجود فيالعهود السابقة . وأساسهذه النظريات الحديثة العدالة والمساواة والرحمة والانسانية . وقد أدى شيوع هـذه النظريات في العالم الى توحيد معظم القواعد القانونية في كثير من دول العالم ولكن بقي لكل دولة قانونها الذي يختلف عن غيره من القوانين في كثير من الدقائق والتفاصيل .

هذه هي خلاصة لنشأة القانون وتطوره والمراحل التي مر بها تبينبجلاء أن القانون حين نشأ كان شيئا يختلف كل الاختلاف عن القانون الآن ، وأنه ظل يتغير ويتطور حتى وصل الى شكله الحالي ، وأنه لم يصل الى ما هو عليه الآن إلا بعد تطور طويل بطيء استمر آلاف السنين .

١٦ ــ نشأة الشريعة :

وإذا كانت هذه هي نشأة القانون ، فإن الشريعة الاسلامية لم تنشأ هذه النشأة ولم تسر في هذا الطريق . لم تكن الشريعة قواعد قليلة ثم كثرت ولا مبادي متفرقة ثم تجمعت ، ولا نظريات أولية ثم هذبت . ولم تولد الشريعة طفلة مع الجماعة الاسلامية ثم سايرت تطورها ونمت بنموها ، وانما ولدت شابة مكتملة ونزلت من عند الله شريعة كاملة شاملة جامعة مانعة لاترى فيها عوجا ، ولا تشهد فيها نقصا ، أنزلها الله تعالى من سمائه على قلب رسوله محمد صلى الله عليه وسلم في فترة قصيرة لا تجاوز المدة اللازمة لنزولها ، فترة بدأت ببعثة الرسول وانتهت بوفاته أو انتهت يوم قال الله تعالى : « اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الاسلام دينا » [سورة المائدة : ٣] .

ولم تأت الشريعة لجماعة دون جماعة ، أو لقوم دون قوم ، أو لدولة دون دولة ، وإنما جاءت للناس كافة من عرب وعجم ، شرقيين وغربيين ، على اختلاف مشاربهم وتباين عاداتهم وتقاليدهم وتاريخهم ، فهي شريعة كل أسرة وشريعة كل قبيلة ، وشريعة كل جماعة ، وشريعة كل دولة ، بل هي الشريعة العالية التي استطاع علماء القانون الوضعي أن يتخيلوها ، ولكنهم لم يستطيعوا أن يوجدوها .

وقد جاءت الشريعة كاملة لانقص فيها ، جامعة تحكم كل حالة ، مانعة لا تخرج عن حكمها حالة ، شاملة لامور الافراد والجماعات والدول ، فهي تنظم الاحوال الشخصية والمعاملات وكل ما يتعلق بالافراد ، وتنظيم شؤون الحكم والادارة والسياسة وغير ذلك مما يتعلق بالجماعة ، كما تنظم علاقات

الدول بعضها بالبعض الآخر في الحرب والسلم .

ولم تأت الشريعة لوقت دون وقت ، أو لعصر دون عصر ، أو لزمن دون زمن ، وانما هي شريعة كل وقت ، وشريعة كل عصر ، وشريعة الزمن كله حتى يرث الله الارض ومن عليها .

وقد صيغت الشريعة بحيث لا يؤثر عليها مرور الزمن ، ولا تبلى جدتها ولا يقتضي تغيير قواعدها العامة ونظرياتها الاساس ، فجاءت نصوصها من العموم والمرونة بحيث تحكم كل حالة جديدة ولو لم يكن في الامكان توقعها ومن ثم كانت نصوص الشريعة غير قابلة للتغيير والتبديل كما تتغير نصوص القوانين الوضعية وتتبدل .

واساس الفرق بين الشريعة والقانون هو أن الشريعة من عند الله جل شأنه وهو يقول « لا تَبْدِيلَ لِكَلِمَاتِ اللهِ » [يونس : ٦٤] وهو عالم الغيب القادر على أن يضع للناس نصوصا تبقى صالحة على مر الزمان. أما القوانين فمن وضع البشر ، وتوضع بقدر ما يسد حاجتهم الوقتية ، وبقدر قصور البشر عن معرفة الغيب تأتي النصوص القانونية التي يضعونها قاصرة عن حكم ما لم يتوقعوه .

ولقد جاءت الشريعة من يوم نزولها بأحدث النظريات التي وصل اليها أخيرا القانون الوضعي مع أن القانون أقدم من الشريعة ، بل جاءت الشريعة من يوم نزولها بأكثر مما وصل اليه القانون الوضعي ، وحسبنا أن نعرف أن كل ما يتمنى رجل القانون اليوم أن تتحقق من المبادىء موجودة في الشريعة من يوم نزولها .

١٧ ـ لا مماثلة بين الشريعة والقانون :

ونستطيع بعد أن استعرضنا نشأة القانون ونشأة الشريعة أن نقول بحق:

ان الشريعة لا تماثل القانون ولا تساويه ، ولا يصح أن تقاس به ، وان طبيعة الشريعة تختلف تماما عن طبيعة القانون ، ولو كانت طبيعة الشريعة من طبيعة القانون الوضعي لما جاءت على الشكل الذي جاءت به ، وعلى الوصف الذي أسلفنا ، ولوجب أن تأتي شريعة أولية ثم تأخذ طريق القانون في التطور مع الجماعة ، وما كان يمكن أن تأتي بالنظريات الحديثة التي لم تعرفها القوانين الوضعية الا أخيرا ، بل ما كان يمكن أن تصل الى مثل هذه النظريات الا بعد أن تعرفها القوانين وبعد مرور آلاف من السنين .

ويستطيع القاريء من استعراض تاريخ القانون وتاريخ الشريعة أن يتبين الاختلافات المتعددة بين الشريعة والقانون والمميزات الكثيرة التي تميز الشريعة عن القانون ، وللقاريء أن يتقصى تلك الاختلافات وهذه المميزات اذا شاء ، أما أنا فأكتفي بأن أبرز الاختلافات الاساسية والمميزات الجوهرية لان في الكلام عليها ما يغني عن الكلام على غيرها .

١٨ ـ الاختلافات الاساسية بين الشريعة والقانون :

تختلف الشريعة الاسلامية عن القوانين الوضعية اختلافا أساسيا من ثلاثة وجوه :

الوجه الاول : أن القانون من صنع البشر ، أما الشريعة فمن عند الله وكلا الشريعة والقانون يتمثل فيه بجلاء صفات صانعه ، فالقانون من صنع البشر ويتمثل فيه نقص البشر وعجزهم وضعفهم وقلة حيلتهم ، ومن ثم كان القانون عرضة للتغيير والتبديل أو ما نسميه التطور كلما تطورت الجماعة الى درجة لم تكن متوقعة أو وجدت حالات لم تكن منتظرة . فالقانون ناقص دائما ولا يمكن أن يبلغ حد الكمال ما دام صانعه لا يمكن أن يوصف بالكمال ولا يستطيع أن يحيط بما سيكون وان استطاع الالمام بما كان .

أما الشريعة : فصانعها هو الله ، وتتمثل فيها قدرة الخالق وكماله وعظمته واحاطته بما كان وما هو كائن ، ومن ثم صاغها العليم الخبير بحيث تحيط بكل شيء في الحال والاستقبال حيث أحاط علمه بكل شيء ، وأمر جل شأنه أن لا تغير ولا تبدل حيث قال : « لا تبديل لكلمات الله » [يونس: ٦٤] لانها ليست في حاجة للتغيير والتبديل مهما تغيرت الاوطان والازمان وتطور الانسان .

وقد يصعب على بعض الناس أن يؤمنوا بهذا القول لانهم لايؤمنون قبل كل شيء بأن الشريعة من عند الله ، ولست أهتم من أمر هؤلاء الا بأن يؤمنوا بأن الشريعة تتوفر فيها الصفات التي ذكرتها ، وعلى أن أقيم لهم الدليل على توافرها وعليهم هم بعد ذلك أن يبحثوا ان شاءوا عن سبب توفر هذه الصفات في الشريعة دون غيرها ، وأن يبحثوا عن صانعها ، ولينتظروا مني أن أقدم لهم الدليل عند الكلام على مميزات الشريعة ، وان كان في كل فصل من فصول هذا الكتاب الدليل على ما أقول .

أما الذين يؤمنون بأن الشريعة من عند الله فليس يصعب عليهم أن يؤمنوا بتوفر الصفات التي ذكرناها في الشريعة ولو لم يقدم لهم الدليل المادي على ذلك ، لان منطقهم يقضي عليهم أن يؤمنوا بتوفر هذه الصفات فمن كان يؤمن بأن الله خالق السموات والارض ، وسيَّر الشمس والقمر والنجوم ، وسخر الجبال والرياح والماء ، وأنبت النبات ، وصور الاجنة في بطون أمهاتها ، وجعل لكل مخلوق خلقه من حيوان ونبات وجماد نظاما دائما لا يخرج عنه ، ولا يحتاج لتغيير ولا تبديل ولا تطور . من كان يؤمن بأن الله وضع قوانين ثابتة تحكم طبائع الاشياء وحركاتها واتصالاتها ، وأن هذه القوانين الطبيعية بلغت من الروعة والكمال ما لايستطيع أن يتصوره الانسان .

من كان يؤمن بهذا كله وبأن الله أتقن كل شيء خلقه ، فأولى به أن يؤمن بأن الله وضع الشريعة الاسلامية قانونا ثابتا كاملا لتنظيم الافراد والجماعات والدولة ، ولتحكم معاملاتهم ، وأن الشريعة بلغت من الروعة والكمال حدا يعجز عن تصوره الانسان .

ومن كان يؤمن بهذا كله ولكنه يريد أن يرى الدليل عليه ليطمئن قلبه فلينظر مع الفريق الاول حتى يرى الدليل في موضعه ، بل لعله يرى في كل مكان من هذا الكتاب ما يطمئن قلبه ونفسه ان شاء الله .

الوجه الثاني : أن القانون عبارة عن قواعد مؤقتة تضعها الجماعة لتنظيم شؤونها وسد حاجاتها . فهي قواعد متأخرة عن الجماعة ، أو هي في مستوى الجماعة اليوم ، ومتخلفة عن الجماعة غدا ، لان القوانين لا تتغير بسرعة تطور الجماعة ، وهي قواعد مؤقتة تتفق مع حال الجماعة المؤقتة ، وتستوجب التغيير كلما تغيرت حال الجماعة .

أما الشريعة فقواعد وضعها الله تعالى على سبيل الـــدوام لتنظيم شؤون الجماعة . فالشريعة تتفق مع القانون في أن كليهما وضـــع لتنظيم الجماعة . ولكن الشريعة تختلف عن القانون في أن قواعدها دائمة ولا تقبل التغيير والتبديل . وهذه الميزة التي تتميز بها الشريعة تقتضي من الوجهة المنطقية :

أولا ــ ان تكون قواعد الشريعة ونصوصها من المرونة والعموم بحيث تتسع لحاجات الجماعة مهما طالت الازمان ، وتطورت الجماعة ، وتعددت الحاجات وتنوعت .

ثانيا ــ أن تكون قواعد الشريعة ونصوصها من السمو والارتفاع بحيث لا يمكن أن تتأخر في وقت أو عصر ما عن مستوى الجماعة .

والواقع أن ما يقتضيه المنطق متوفر بوجهيه في الشريعة • بل هو أهم ما يميز الشريعة الإسلامية عن غيرها من الشرائع السماوية والوضعية • فقواعد الشريعة الاسلامية ونصوصها جاءت عامة ومرنة الى آخر حدود العموم والمرونة ، كما أنها وصلت من السمو درجة لا يتصور بعدها سمو •

ولقد مر على الشريعة الإسلامية أكثر من ثلاثة عشر قرنا تغيرت في خلالها الاوضاع أكثر من مرة ، وتطورت الافكار والآراء تطورا كبيرا ، واستحدث من العلوم والمخترعات ما لم يكن يخطر على خيال انسان ، وتغيرت قواعد القانون الوضعي ونصوصه أكثر من مرة لتتلاءم مع الحالات الجديدة والظروف الجديدة ، بحيث انقطعت العلاقة بين القواعد القانونية الوضعية التي نطبقها اليوم و القواعد القانونية الوضعية التي كانت تطبق يوم نزلت الشريعة ، وبالرغم من هذا كله ، ومع ان الشريعة الإسلامية لا تقبل التغيير والتبديل ظلت قواعد الشريعة ونصوصها أسمى من مستوى الجماعات ، واكفل بتنظيم وسد حاجاتهم ، وأقرب الى طبائعهم ، وأحفظ لامنهم وطمأنينتهم •

هذه هي شهادة التاريخ الرائعة يقف بها في جانب الشريعة الإسلامية، وليس ثمة ما هو أروع منها الا شهادة النصوص ومنطق النصوص ، وخذ مثلا قول الله تعالى « وأمرهم شورى بينهم » — ٧ — [سورة الشورى:٣٨] أو اقرأ قول الرسول : « لا ضرر ولا ضرار في الإسلام » فهذان نصان من

---

٧ — معنى الآية المباركة ان الامور التي أوكلها الله تعالى الى الامة لا يصح لفرد ولا لجماعة أن تستبد بها بل يوكل ذلك الى مجموع الامة ولا تشمل هذه الاية المباركة الامور التي اختص الله بها نفسه كالنبوة والامامة لانها ليست من أمور الامة التي جعلها الله شورى بينهم فلا يصدق عليها انها امرهم لتشملها الاية الكريمة بل هي امر الله •

القرآن والسنة بلغا من العموم والمرونة واليسر ما لا يمكن أن يتصور بعده عموم أو مرونة أو يسر ، وهما يقرران الشورى قاعدة للحكم — ٨ — على الوجه الذي لا يضر بالنظام العام ولا بمصلحة الافراد أو الجماعة ، وبتقرير مبدأ الشورى على هذا الوجه بلغت الشريعة من السمو حده الاقصى الذي لا يتصور أن يصل اليه البشر في يوم من الايام ، اذ عليهم أن يجعلوا أمرهم شورى بينهم بحيث لا يحدث ضرر ولا ضرار ، وهيهات أن يتحقق ذلك بين الناس •

ولو تتبعنا نصوص الشريعة لوجدناها على غرار النصين السابقين من العموم والمرونة والسمو ، ومن السهل علينا أن تتبين هذه المميزات لاول وهلة في أي نص نستعرضه ، فنصوص الشريعة كلها تصلح أمثلة على ما نقول ، ويكفي أن نسوق للقاريء مثلا آخر قوله تعالى : « أدع الى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم بالتي هي أحسن » [سورة النحل : ١٢٥] فهذا النص تدل صياغته على أنه بلغ حد العموم والمرونة ، أما المبدأ الذي جاء به النص فلم يعرف بعد أن هناك ما هو خير منه ، ولا يمكن أن يتصور العقل البشري أن هناك طريقا لاصحاب الدعوات يسلكونها في نشر دعواتهم خيرا من طريق الدعوة بالحكمة والموعظة الحسنة والجدال بالتي هي أحسن •

ويستطيع القاريء أن يقرأ قوله تعالى : « ولا تزروا زرة وزر أخرى » [فاطر : ١٨] وقوله : « لا يكلف الله نفسا الا وسعها » [البقرة:٢٨٦] وقوله : « انّ الله يأمر بالعدل والاحسان وايتاء ذي القربى وينهى عن

٨ — في ظرف لم يعين الله فيه قاعدة الحكم اي غير زمان النبوة عند المسلمين أجمع وغير زمان وجود أحد الأئمة الاثني عشر عند الشيعة ، أو زمان غيبة الموجود منهم كأيامنا هذه •

الفحشاء والمنكر والبغي » [النحل : ٩٠] وقوله : « ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها واذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل » [سورة النساء : ٥٨] وقوله : « ولا يجرمنكم شنآن قوم على ألا تعدلوا، اعدلوا هو أقرب للتقوى » [الانعام : ٨] وقوله: « يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والاقربين » [النساء : ١٣٥] يستطيع القاريء أن يستعرض هذه النصوص وغيرها ليرى كيف بلغت من العموم والمرونة كل مبلغ ، وليرى أن المباديء التي جاءت بها هذه النصوص قد بلغت من السمو ما ليس بعده زيادة لمستزيد ، أو خيال لمتخيل .

الوجه الثالث : ــ أن الجماعة هي التي تصنع القانون وتلونه بعاداتها وتقاليدها وتاريخها ــ والاصل في القانون أنه يوضع لتنظيم شؤون الجماعة ولا يوضع لتوجيه الجماعة ، ومن ثم كان القانون متأخرا عن الجماعة وتابعا لتطورها، وكان القانون من صنع الجماعة ، ولم تكن الجماعة من صنع القانون .

واذا كان هذا هو الاصل في القانون من يوم وجوده ، فان هذا الاصل قد تعدل في القرن الحالي ، وعلى وجه التحديد بعد الحرب العظمى الاولى، حيث بدأت الدول التي تدعوا لدعوات جديدة أو أنظمة جديدة تستخدم القانون لتوجيه الشعوب وجهات معينة ، كما تستخدمه لتنفيذ أغراض معينة وقد كان أسبق الدول الى الاخذ بهذه الطريقة روسيا الشيوعية ، وتركيا الكمالية ، ثم تلتهما ايطاليا الفاشستية وألمانيا النازية ، ثم اقتبست بقية الدول هذه الطريقة ، فأصبح الغرض اليوم من القانون تنظيم الجماعة وتوجيهها الوجهات التي يرى أولياء الامور أنها في صالح الجماعة .

أما الشريعة الإسلامية فقد علمنا أنها ليست من صنع الجماعة ، وأنها

لم تكن نتيجة لتطور الجماعة وتفاعلها كما هو الحال في القانون الوضعي ، وانما هي من صنع الله الذي أتقن كل شيء خلقه .

واذا لم تكن الشريعة من صنع الجماعة ، فان الجماعة نفسها من صنع الشريعة إذا الاصل في الشريعة أنها لم توضع لتنظيم شؤون الجماعة فقط كما كان الغرض من القانون الوضعي . وانما المقصود من الشريعة قبل كل شيء هو خلق الافراد الصالحين والجماعة الصالحة ، وايجاد الدولة المثالية ، والعالم المثالي ، ومن أجل هذا جاءت نصوصها أرفع من مستوى العالم كله وقت نزولها ، ولا تزال كذلك حتى اليوم ، وجاء فيها من المبادىء والنظريات ما لم يتهيأ العالم غير الإسلامي لمعرفته والوصول اليه الا بعد قرون طويلة ، وما لم يتهيأ هذا العالم لمعرفته أو يصل اليه حتى الآن . ومن أجل هذا تولى الله جل شأنه وضع الشريعة ، وأنزلها على رسوله نموذجا من الكمال ليوجه الناس الى الطاعات والفضائل ، ويحملهم على التسامي والتكامل حتى يصلوا أو يقتربوا من مستوى الشريعة الكامل وقد حققت الشريعة ما أراده لهـا العليم الخبير ، فأدت رسالتها أحسن الاداء ، وجعلت من رعاة الابل سادة للعالم ، ومن جهال البادية معلمين وهداة للانسانية .

ولقد أدت الشريعة وظيفتها طالما كان المسلمون متمسكين بها عاملين بأحكامها ، تمسك بها المسلمون الاوائل وعملوا بها وهم قلة مستضعفة يخافون أن يتخطفهم الناس ، فاذا هم في عشرين سنة سادة العالم وقادة البشر ، لا صوت الا صوتهم ، ولا كلمة تعلو كلمتهم ، وما أوصلهم لهذا الذي يشبه المعجزات الا الشريعة الاسلامية التي علمتهم وأدبتهم ، ورققت نفوسهم ، وهذبت مشاعرهم وأشعرتهم بالعزة وبالكرامة ، وأخذتهم بالمساواة التامة ، والعدالة المطلقة ، وأوجبت عليهم أن يتعاونوا على البر والتقوى ، وحرمت عليهم الإثم والعدوان وحررت عقولهم ونفوسهم من نير الجهالات والشهوات ،

وجعلتهم يعتقدون أنهم خير أمة أخرجت للناس يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر ، ويؤمنون بالله •

كان ذلك حال المسلمين طالما تمسكوا بشريعتهم ، فلما تركوها واهملوا أحكامها تركهم الرقي وأخطأهم التقدم ، ورجعوا القهقرى الى الظلمات التي كانوا يعمهون فيها من قبل فعادوا مستضعفين مستعبدين ، لا يستطيعون دفع معتد ولا الامتناع من ظالم •

وقد خيل للمسلمين وهم في غمرتهم هذه أن تقدم الاوربيين راجع لقوانينهم وأنظمتهم ، فذهبوا ينقلونها وينسجون على منوالها ، فلم تزدهم الا ضلالا على ضلالهم ، وخبالا على خبالهم ، وضعفا على ضعفهم ، بل جعلتهم أحزابا وشيعا ، كل حزب بما لديهم فرحون ، بأسهم بينهم شديد تحسبهم جميعا وقلوبهم شتى •

ولو أراد الله بالمسلمين خيرا لعلموا أن الشريعة الاسلامية وقد جاءت كاملة لا يشوبها نقص حاملة في طياتها وسائل التقدم والتطور المستمر للمجتمع هي أصلح الشرائع لعصور التقدم وعصور التأخر على السواء ، لانها في كل الاحوال ترمي الى تكوين الجماعة الصالحة وتوجيهها دائما للتقدم المستمر والتطور الصالح . ولا تقنع من ذلك بما هو دون الكمال التام •

وان في تاريخ المسلمين لآية ، وانه لعبرة لمن كان له قلب ، وان فيه الدليل الحاسم على أن الشريعة الاسلامية هي التي خلقت المسلمين من العدم وجعلتهم أمة فوق الامم ، ودفعتهم الى الامام ، وسلطتهم على دول العالم ، وان فيه الدليل الحاسم على أن حياة المسلمين وتقدمهم ورقيهم متوقف على تطبيق الشريعة الاسلامية • فالمسلمون مع صنع الشريعة ، وكيانهم تابع لكيانها ، ووجودهم مرتبط بوجودها ، وسلطانهم تابع لسلطانها •

وأحب قبل الانتقال الى موضوع آخر ان أنبه القاريء الى أن القانون

الوضعي حين تحول أخيرا عن أصله الاول فصار يوضع لتوجيه الجماعة انما أخذ في ذلك بنظرية الشريعة الاسلامية التي تجعل الاصل في التشريع أن يصنع الجماعة ويوجهها ثم ينظمها ، وهكذا انتهى القانون الوضعي الى ما بدأت به الشريعة وسبقت اليه من ثلاثة عشر قرنا ، فاذا ما قال علماء القانون الوضعي : انهم وصلوا لنظرية جديدة قلنا لهم : كلا ولكنكم تسلكون طريق الشريعة وتسيرون في أثرها .

١٩ ـ المميزات الجوهرية التي تميز الشريعة عن القانون :

نستطيع بعد أن عرضنا الخلافات الاساس بين الشريعة والقوانين الوضعية أن نتبين أهم المميزات التي تميز الشريعة عن القوانين لأن كل ما تخالف الشريعة فيه القوانين يعتبر في الوقت نفسه مما يميز الشريعة عن القوانين . وعلى هذا يمكننا أن نستخلص مما ذكر من الاختلافات : أن الشريعة الاسلامية تمتاز عن القوانين الوضعية بثلاث مميزات جوهرية : ـ

الميزة الاولى ـ الكمال : تمتاز الشريعة الإسلامية على القوانين الوضعية بالكمال ، أي بأنها استكملت كل ما تحتاجه الشريعة الكاملة من قواعد ومبادىء ونظريات ، وأنها غنية بالمبادىء والنظريات التي تكفل سد حاجات الجماعة في الحاضر القريب والمستقبل البعيد .

الميزة الثانية ـ السمو : تمتاز الشريعة الاسلامية على القوانين الوضعية بالسمو ، أي بأن قواعدها ومبادئها أسمى دائما من مستوى الجماعة ، وأن فيها من المبادىء والنظريات ما يحفظ لها هذا المستوى السامي مهما ارتفع مستوى الجماعة .

الميزة الثالثة ـ الدوام : تمتاز الشريعة الاسلامية على القوانين الوضعية

بالدوام . أي بالثبات والاستقرار ، فنصوصها لا تقبل التعديل والتبديل مهما مرت الاعوام وطالت الازمان وهي مع ذلك تظل حافظة لصلاحيتها في كل زمان ومكان .

هذه هي المميزات الجوهرية للشريعة الاسلامية ، وهي على تعـددها وتباينها ترجع الى أصل واحد نشأت عنه جميعا بحيث يعتبر كل منها أثرا من آثاره وهذا الاصل هو أن الشريعة الاسلامية من عند الله ومن صنعه ، ولولا أن الشريعة من عند الله لما توفرت فيها صفات الكمال والسمو والدوام تلك الصفات التي تتوفر دائما فيما يصنعه الخالق ولا يتوفر شيء منها فيما يصنعه المخـلوق .

٢٠ ـ الادلة التي توفر هذه المميزات في الشريعة :

واذا كنا قد ذكرنا أن الشريعة تتميز بالكمال والسمو والدوام فقد بقي علينا أن نقدم الدليل على توفر هذه المميزات ، وسيتبين للقاريء فيما يأتي أن هذه المميزات متوفرة في كل مبدأ ، وفي كل نظرية ، وفي كل قاعدة قانونية جاءت بها الشريعة الاسلامية وسنعرض على القاريء الآن طائفة من النظريات والمبادىء الشرعية التي لم تعرفها القوانين الوضعية الا أخيرا ، أو لم تعرفها بعد ، تتوفر فيها جميعا كل هذه المميزات ، وسيرى القاريء ان هذه المميزات كلها تتوفر في كل المبادىء والنظريات التي سنتعرض لدراستها في هذا الكتاب فالدليل إذن على توفر هذه المميزات هو الواقع الذي لا يكذب وليس بعد منطق الواقع حاجة لدليل أو استدلال .

٢١ ـ نظرية المساواة :

جاءت الشريعة الاسلامية من وقت نزولها بنصوص صريحة تقرر المساواة

وتفرضها فرضا ، فالقرآن يقرر المساواة ويفرضها على الناس جميعا في قوله تعالى : « يا أيها الناس انا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا ان أكرمكم عند الله اتقاكم » [الحجرات : ١٣] والرسول صلى الله عليه وسلم يكرر هذا المعنى في قوله : « الناس سواسية كأسنان المشط الواحد لا فضل لعربي على أعجمي إلا بالتقوى » ثم يؤكد هذا المعنى تأكيدا في قوله: « إن الله قد أذهب بالاسلام نخوة الجاهلية وتفاخرهم بآبائهم لأن الناس من آدم وآدم من تراب وأكرمهم عند الله اتقاهم » .

ويلاحظ على هذه النصوص أنها فرضت المساواة بصفة مطلقة ، فلا قيود ولا استثناءات ، وانها المساواة على الناس كافة أي على العالم كله ، فلا فضل لفرد على فرد ، ولا لجماعة على جماعة ، ولا لجنس على جنس ، ولا للون على لون ، ولا لسيد على مسود ، ولا لحاكم على محكوم .

وهذا هو نص القرآن يذكر الناس أنهم خلقوا من أصل واحد من ذكر وأنثى ولا تفاضل اذا استوت الأصول وانما مساواة ، وهذا هو قول الرسول يذكر الناس أنهم جميعا ينتمون لرجل واحد خلق من تراب فهم متساوون ويشبههم في تساويهم بأسنان المشط الواحد ، ولم يعرف أن سنا من مشط فضلت سنه الاخرى .

وقد نزلت نظرية المساواة على الرسول وهو يعيش في قوم أساس حياتهم وقوامها التفاضل فهم يتفاضلون بالمال والجاه ، والشرف واللون ، ويتفاخرون بالآباء والامهات ، والقبائل والاجناس ، فلم تكن الحياة الاجتماعية وحاجة الجماعة هي الدافعة لتقرير نظرية المساواة ، وانما كان الدافع لتقريرها من وجه هو رفع مستوى الجماعة ودفعهم نحو الرقي والتقدم، كما كان الدافع لتقريرها من وجه آخر ضرورة تكميل الشريعة بما تقتضيه الشريعة الكاملة الدائمة من مبادىء ونظريات .

ولا جدال في أن عبارة النصوص جاءت عامة مرنة الى آخر درجات العموم والمرونة ، فلا يمكن مهما تغيرت ظروف الزمان والمكان والاشخاص أن تضيق عبارة النصوص بما يستجد من الظروف والتطورات ، والعلة في وضع نصوص الشريعة على هذا الشكل أن الشريعة لا تقبل التعديل والتبديل فوجب أن تكون نصوصها بحيث لا تحتاج الى تعديل أو تبديل .

واذا كانت نظرية المساواة قد عرفت في الشريعة الاسلامية من ثلاثة عشر قرنا فان القوانين الوضعية لم تعرفها الا في أواخر القرن الثامن عشر وأوائل القرن التاسع عشر . واذن فقد سبقت الشريعة الاسلامية القوانين الوضعية في تقرير المساواة بأحد عشر قرنا ، ولم تأت القوانين الوضعية بجديد حين قررت المساواة ، وانما سارت في أثر الشريعة واهتدت بهداها ، وسيرى القارىء فيما بعد ان القوانين الوضعية تطبق نظرية المساواة تطبيقا محدودا بالنسبة للشريعة الاسلامية التي توسعت في تطبيق النظرية الى أقصى حد(١) .

٢٢ - نظرية مساواة المرأة بالرجل :

هذه النظرية ليست الا فرعا من النظرية العامة للمساواة أو تطبيقا لها ، وقد فضلنا أن نجعل لها مكاناً خاصاً لاهميتها ولانها دليل ظاهر على عدالة الشريعة وسموها وحكمتها في تقرير الحقوق وتوزيع الواجبات ، وأن الشارع لا يطبق المبادىء العامة تطبيقاً آليا ، وانما يطبقها ليحقق بها نفعاً أو يدفع بها ضرراً .

والقاعدة العامة في الشريعة الاسلامية : أن المرأة تساوي الرجل في

(١) يراجع الفصل المخصص لسريان القانون على الاشخاص فقد تكلمنا فيه على نظرية المساواة بتوسع بينما قصرنا الكلام هنا على قدر ما يقتضيه المقام من بيان مميزات الشريعة فيما جاءت به من مباديء ونظريات .

الحقوق والواجبات ، فلها مثل ما له وعليها مثل ما عليه . وهي تلزم للرجل بما يقابل التزاماته لها ، فكل حق لها على الرجل يقابله واجب عليها للرجل ، وكل حق للرجل عليها يقابله واجب على الرجل لها . وذلك قوله تعالى: « ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف » [البقرة : ٢٢٨] .

ولكن الشريعة مع تقريرها المساواة بين الرجل والمرأة كقاعدة عامة ميزت الرجل على المرأة بميزة واحدة ، فجعلت له على المرأه درجة في قوله تعالى « وللرجال عليهن درجة » [البقرة : ٢٢٨] وقد بين القرآن حدود هذه الميزة أو الدرجة التي اختص بها الرجل في قوله تعالى : « الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم» [النساء : ٣٤] فبين ذلك أن الدرجة هي درجة الرئاسة والقوامة على شؤونهما المشتركة .

ولا شك أن الرجل وهو المكلف طبقاً للشريعة بالانفاق على المرأة وتربية الاولاد والمسؤول الاول عن الأسرة أحق بالرئاسة والقوامة على شؤون الاسرة المشتركة ، لان مسؤوليته عن هذه الشؤون تقتضي أن يكون صاحب الكلمة العليا فيها .

فالسلطة التي أعطيت للرجل انما أعطيت له مقابل المسؤولية التي حملها ليتمكن من القيام بمسؤولياته على خير وجه ، وهذا تطبيق دقيق لقاعدة شرعية عامة هي القاعدة التي تقول : « السلطة بالمسؤولية » تلك القاعدة التي جاءت بها الشريعة لتحكم علاقة أصحاب السلطان بغيرهم ، ولتبين مدى سلطتهم ومسؤوليتهم والتي قررها الرسول عليه السلام في قوله : « كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته ، فالامام راع وهو مسؤول عن رعيته ، والرجل راع في أهله وهو مسؤول عن رعيته ، والمرأة راعية في بيت زوجها وهي

مسؤولة عن رعيتها » .

واذا كان للرجال درجة على النساء في شؤونهما المشتركة فان الرجل لا يتميز على المرأة في شؤونهما الخاصة ، وليس لـه عليها أي سلطان فهي تستطيع مثلا أن تتملك الحقوق وتتصرف فيها دون أن يكون للرجل ولو كان زوجا أو أبا أن يشرف عليها أو يتدخل في أعمالها .

وقد سوت الشريعة الاسلامية بين الرجل والمرأة على الوجه السابق من يوم نزولها أي من ثلاثة عشر قرنا تقريبا في وقت لم يكن فيه العالم مهيئـا للتسوية بين الرجل والمرأة في الحقوق والواجبات ؛ فلم تكن حاجة الجماعة هي التي دفعت الشريعة لتقرير المساواة وانما اقتضت ذلك ضرورة تكميل الشريعة بالمبادىء التي يجب أن تكون في شريعة كاملة دائمة .

ونستطيع أن ندرك مدى السمو الذي وصلت اليه الشريعة بتقريرهـا مبدأ المساواة بين الرجل والمـرأة اذا علمنا أن القوانين الوضعية لم تسمح بالتسوية بينهما الا في القرن التاسع عشر ، وان بعضها يمنع النساء الى اليوم من التصرف في شؤونهن الخاصة إلا بإذن أزواجهن .

ويمكننا أن نلاحظ بسهولة مدى عموم النصوص ومرونتها ، وأنهـا لا تضيق بحالة ما ، ولا تعجز عن الاحاطة بكل ما يتصور من المسائل ، فإذا أضيف هذا الى ما في النصوص من كمال وسمو كان من الحق أن نقول ان نصوص الشريعة لا تقبل التعديل والتبديل لانها ليست بحاجـة الى تعديل أو تبديل .

٢٣ ــ نظرية الحرية :

من المبادىء الأساس التي جاءت بها الشريعة الاسلامية مبدأ الحرية ،

فقد أعلنت الشريعة الحرية وقررتها في أروع مظاهرها فقررت حرية التفكير ، وحرية الاعتقاد ، وحرية القول . وسنتكلم على هذه الحريات واحدة بعد أخرى فيما يأتي : —

٢٤ — حرية التفكير :

جاءت الشريعة الاسلامية معلنة حرية التفكير محررة للعقل من الأوهام والخرافات والتقاليد والعادات ، داعية الى نبذ كل مالا يقبله العقل . فهي تحث على التفكير في كل شيء وعرضه على العقل فان آمن به العقل كان محل إيمان ، وان كفر به كان محل كفران . فلا تسمح الشريعة للانسان أن يؤمن بشيء الا بعد أن يفكر فيه ويعقله ، ولا تبيح له أن يقول مقالا أو يفعل فعلا الا بعد أن يفكر فيما يقول ويفعل ويعقله .

ولقد قامت الدعوة الاسلامية نفسها على أساس العقل فها هو القرآن يعتمد في إثبات وجود الله ، ويعتمد في اقناع الناس بالاسلام ، ويعتمد في حملهم على الايمان بالله ورسوله وكتابه ، ويعتمد القرآن في ذلك كله اعتمادا أساسا على استثارة تفكير الناس وايقاظ عقولهم ويدعوهم بشتى الوسائل الى التفكير في خلق السموات والارض وفي خلق أنفسهم وفي غير ذلك من المخلوقات ، ويدعوهم الى التفكير فيما تقع عليه أبصارهم وما تسمعه آذانهم ليصلوا من وراء ذلك كله الى معرفة الخالق ، وليستطيعوا التمييز بين الحق والباطل .

ونصوص القرآن التي تحض على استخدام العقل وتحرير الفكر لاتعد كثرة منها قوله تعالى : « ان في خلق السموات والارض واختلاف الليل والنهار والفلك التي تجري في البحر بما ينفع الناس ، وما أنزل الله من السماء

من ماء فأحيا به الارض بعد موتها وبث فيها من كل دابة وتصريف الرياح والسحاب المسخر بين السماء والارض لآيات لقوم يعقلون » [البقرة : ١٦٤] وقوله : « قل انما اعظكم بواحدة أن تقوموا لله مثنى وفرادى ثم تتفكروا» [سبأ : ٤٦] وقوله : « أولم يتفكروا في أنفسهم ما خلق الله السموات والارض وما بينهما الا بالحق وأجل مسمى » [الروم : ٨] وقوله : « قل أنظروا ماذا في السموات والارض » [يونس : ١٠١] وقوله « فلينظر الانسان مم خلق ، خلق من ماء دافق يخرج من بين الصلب والترائب » [الطارق : ٦] وقوله : « أفلا ينظرون الى الابل كيف خلقت : والى السماء كيف رفعت ، والى الجبال كيف نصبت ، والى الارض كيف سطحت » [الغاشية : ١٧] وقوله : « ان في ذلك لذكرى لمن كان له قلب أو ألقى السمع وهو شهيد » [سورة ق : ٣٧] وقوله : « وما يذكر الا أولوا الالباب » [آل عمران : ٧] .

ويعيب القرآن على الناس أن يلغوا عقولهم ، ويعطلوا تفكيرهم ، ويقلدوا غيرهم ، ويؤمنوا بالخرافات والاوهام ، ويتمسكوا بالعادات والتقاليد دون تفكير فيما يتركون وما يدعون ، وينعى عليهم ذلك كله ، ويصف من كانوا على هذه الشاكلة بأنهم كالانعام بل أضل سبيلا من الانعام لانهم يتبعون غيرهم دون تفكير ولا يحكمون عقولهم فيما يعملون أو يسمعون ، ولان العقل هو الميزة الوحيدة التي ميز الله بها الانسان على غيره من المخلوقات فاذا ألغى عقله أو عطل فكره تساوى بالانعام بل كان أضل منها.

ونصوص القرآن صريحة في تقرير هذه المعاني ، واقرأ ان شئت قوله تعالى : « واذا قيل لهم اتبعوا ما أنزل الله قالوا : بل نتبع ما ألفينا عليه آباءنا أو لو كان آباؤهم لا يعقلون شيئا ولا يهتدون * ومثل الذين كفروا كمثل

الذي ينعق بما لا يسمع الا دعاء ونـداء صم بكم عمي فهم لا يعقلون » [البقرة : ١٧٠ ، ١٧١] وقوله : « أفلم يسيروا في الارض فتكون لهـم قلوب يعقلون بها أو آذان يسمعون بها فانها لا تعمى الابصار ولكن تعمى القلوب التي في الصدور » [الحج : ٤٦] وقوله : « ولقد ذرأنا لجهنم كثيرا من الجن والانس لهم قلوب لا يفقهون بها ولهم أعين لا يبصرون بها ولهم آذان لا يسمعون بها أولئك كالانعام بل هم أضل أولئك هم الغافلون » [الاعراف : ١٧٩] .

وللانسان أن يفكر فيما شاء كما يشاء وهو آمن من التعرض للعقاب على هذا التفكير ولو فكر في اتيان أعمال تحرمها الشريعة ، والعلة في ذلك أن الشريعة لا تعاقب الانسان على أحاديث نفسه ولا تؤاخذه على ما يفكر فيه من قول أو فعل محرم وانما تؤاخذه على ما أتاه من قول أو فعل محرم وذلك معنى قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « ان الله تجاوز لامتي عما وسوست أو حدثت به أنفسها ما لم تعمل به أو تكلم » .

٢٥ ـ حرية الاعتقاد :

والشريعة الاسلامية هي أول شريعة أباحت حرية الاعتقاد وعملت على صيانة هذه الحرية وحمايتها الى آخر الحدود ، فلكل انسان طبقا للشريعة الاسلامية أن يعتنق من العقائد ما شاء ـ ٩ ـ وليس لاحد أن يحمله على

---

٩ ـ ومن الاديان السماوية ما أراد ويباح له السكنى في البلاد الاسلامية اذا التزم الشرائط التي تعرضها عليه الدولة المسماة بالعرف الفقهي بشرائط الذمة وليس لمن لا يدين بأحد الاديان السماوية السكنى في البـلاد الاسلامية لانها أشبه ما تكون بالجراثيم السامـة ، فأما أن يذهب سمها وذلك بتدينها بأحد الاديان السماوية أو تزال من الوجود .

ترك عقيدته او اعتناق غيرها او يمنعه من اظهار عقيدته •

وكانت الشريعة الاسلامية عملية حين قررت حرية العقيدة فلم تكتف باعلان هذه الحرية وانما اتخذت لحمايتها طريقين : ـــ

أولهما : الزام الناس أن يحترموا حق الغير في اعتقـــاد ما يشاء وفي تركه يعمل طبقا لعقيدته ، فليس لاحد أن يكره آخر على اعتناق عقيدة ما أو ترك أخرى ومن كان يعارض آخر في اعتقاده فعليه أن يقنعه بالحسنى ويبين له وجه الخطأ فيما يعتقد ، فان قبل أن يغير عقيدته عن اقتناع فليس عليهما حرج ، وان لم يقبل فلا يجوز اكراهه ولا الضغط عليه ، ولا التأثير عليه بما يحمله على تغيير عقيدته وهو غير راض ويكفى صاحب العقيدة المضادة أنه أدى واجبه فبين الخطأ ، وأرشد الى الحق ، ولم يقصر في ارشاد خصمه وهدايته الى الصراط المستقيم • واقرأ ان شئت هذه المعاني صريحة واضحة في قول الله تعالى لرسوله : « لا إكراه في الدين » [البقرة : ٢٥٦] وقوله : « ولو شاء ربك لآمن من في الارض كلهم جميعا أفأنت تكره الناس حتى يكونوا مؤمنين » [يونس : ٩٩] وقوله : « فذكر انما أنت مذكر لست عليهم بمسيطر » [الغاشية : ٨] وقوله : « وما على الرسول الا البلاغ المبين » [سورة النور : ٥٤] •

ثانيهما : ـــ الزام صاحب العقيدة نفسه أن يعمل على حماية عقيدته ، وان لا يقف موقفا سلبيا ، فاذا عجز عن حماية نفسه تحتم عليه أن يهاجر من هذه البلدة التي لا تحترم فيها عقيدته الى بلد آخر يحترم أهله العقيدة ويمكن فيه من اعلان ما يعتقد ، فان لم يهاجر وهو قادر على الهجرة فقـــد ظلم نفسه قبل أن يظلمه غيره ، وارتكب إثما عظيما ، وحقت عليه كلمة العذاب ، أما اذا كان عاجزا عن الهجرة فلا يكلف الله نفسا إلا وسعها •

وهذا هو القرآن ينص صراحة على ذلك في قوله تعالى : « إن الذين توفاهم الملائكة ظالمي أنفسهم قالوا : فيم كنتم قالوا : كنا مستضعفين في الارض ، قالوا ألم تكن أرض الله واسعة فتهاجروا فيها فأولئك مأواهم جهنم وساءت مصيرا * إلا المستضعفين من الرجال والنساء والولدان لا يستطيعون حيلة ولا يهتدون سبيلا * فأولئك عسى الله أن يعفو عنهم وكان الله عفوا غفورا » [النساء : ٩٧ ، ٩٨ ، ٩٩] .

وقد بلغت الشريعة الاسلامية غاية السمو حينما قررت حرية العقيدة للناس عامة مسلمين وغير مسلمين ـ ١٠ ـ ، وحينما تكلف بحماية هذه الحرية لغير المسلمين في بلاد الاسلام ، ففي أي بلد اسلامي يستطيع غير المسلم أن يعلن عن دينه ومذهبه وعقيدته ـ ١١ ـ ، وأن يباشر طقوسه الدينية ، وأن يقيم المعابد والمدارس لاقامة دينه ودراسته دون حرج عليه ، فلليهود في البلاد الاسلامية عقائدهم ومعابدهم وهم يتعبدون علنا وبطريقة رسمية ، ولهم مدارسهم التي يعلمون فيها الدين الموسوي ، ولهم أن يكتبوا ما يشاءون عن عقيدتهم وأن يقارنوا بينها وبين غيرها من العقائد ويفضلوها عليها ـ ١٢ ـ في حدود النظام العام والآداب والاخلاق الفاضلة ـ وكذلك حال المسيحيين مع اختلاف مذاهبهم وتعددها . فلكل أصحاب مذهب كنائسهم ومدارسهم ، وهم يباشرون عباداتهم علنا ، ويعلمون عقائدهم في مدارسهم ويكتبون عنها وينشرون ما يكتبون في البلاد الاسلامية .

١٠ ـ من الكتابيين الذين يؤمنون بالله ويعتقدون بأحد أنبيائه واحد كتبه المنزلة .

١١ ـ وليس له أن يدعو المسلم اليه .

١٢ ـ من دون طعن بالاسلام ولا افساد المسلمين .

٢٦ ــ حرية القول :

أباحت الشريعة حرية القول وجعلتها حقا لكل انسان ، بل جعلت القول واجبا على الأنسان في كل ما يمس الاخلاق والمصالح العامة والنظام العام وفي كل ما تعتبره الشريعة منكرا ، وذلك قوله تعالى : « ولتكن منكم أمة يدعون الى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر » ــ ١٣ ــ [آل عمران : ١٠٤] • وقوله : « الذين ان مكناهم في الارض أقاموا الصلاة وآتوا الزكاة وأمروا بالمعروف ، ونهوا عن المنكر » [الحج : ٤١] وذلك قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « من رأى منكم منكرا فليغيره بيده فان لم يستطع فبلسانه فان لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الايمان » وقوله : « أفضل الجهاد كلمة حق عند سلطان جائر » وقوله : الدين النصيحة ، قالوا لمن يا رسول الله ؟ قال لله ورسوله ولكتابه والائمةالمسلمين وعامتهم » وقوله : « سيد الشهداء حمزة بن عبد المطلب ورجل قام الى امام جائر فأمره ونهاه فقتله » •

واذا كان لكل انسان أن يقول ما يعتقد أنه الحق ويدافع بلسانه وقلمه عن عقيدته فان حرية القول ليست مطلقة ، بل هي مقيدة بأن لا يكون ما يكتب أو يقال خارجا عن حدود الآداب العامة والاخلاق الفاضلة أو مخالفا لنصوص الشريعة •

وقد قررت الشريعة حرية القول من يوم نزولها وقيدت في الوقت نفسه هذه الحرية بالقيود التي تمنع من العدوان واساءة الاستعمال ، وكان

---

١٣ ــ المستفاد من الآية المباركة وجوب اجتماع جماعة من المسلمين يكون عملها الدعوة الى الخير والامر بالمعروف والنهي عن المنكر •

أول من قيدت حريته في القول محمد صلى الله عليه وسلم وهو رسول الله الذي جاء معلنا للحرية مبشرا بها وداعيا اليها ، ليكون قوله وعمله مثلا يحتذى ، وليعلم الناس أنه لا يمكن أن يعفى أحد من هذه القيود اذا كان رسول الله أول من قيد بها مع ما وصفه به ربه من قوله : « وانك لعلى خلق عظيم » [سورة القلم : ٤] .

ولقد أمر الله رسوله أن يبلغ رسالته للناس وأن يدعو الناس جميعا الى الايمان بالله وبالرسالة ، وأن يحاج الكفار والمكذبين ويخاطب عقولهم وقلوبهم ، ولكن الله جل شأنه لم يترك لرسوله حرية القول على اطلاقها فرسم له طريق الدعوة ، وبين له منهاج القول والحجاج ، وأوجب عليه أن يعتمد في دعوته على الحكمة والموعظة الحسنة ، وأن يجادل بالتي هي أحسن وأن يعرض عن الجاهلين وأن لا يجهر بالسوء من القول ، وأن لا يسب الذين يدعون من دون الله . فرسم الله لرسوله حدود حرية القول وبيّن لنا أن الحرية ليست مطلقة وانما هي حرية مقيدة بعدم العدوان وعدم إساءة الاستعمال .

وحرية القول في الحدود التي وضعتها الشريعة تعود دون شك على الافراد والامم بالنفع والتقدم ، وتؤدي الى نمو الاخاء والحب والاحترام بين الافراد والهيئات ، وتجمع كلمة أولي الامر على الحق دون غيره ، وتجعلهم في حالة تعاون دائم وتقضي على النعرات الشخصية والطائفية ، وهذا كله ينقص العالم اليوم ، أو يبحث عنه العالم فلا يهتدي اليه .

ونستطيع أن نبين مدى صلاحية نظرية الشريعة اذا علمنا أن المشرعين الوضعيين بعد تجاربهم الطويلة ينقسمون اليوم قسمين : قسم يرى حرية القول دون قيد الا فيما يمس النظام العام وهؤلاء لا يعيرون الاخلاق أي

اهتمام ، وتطبيق رأيهم يؤدي دائما الى التباغض والتنابذ والتحزب ثم القلاقل والثورات وعدم الاستقرار • وقسم يرى تقييد حرية الرأي في كل ما يخالف رأي الحاكمين ونظرتهم للحياة ، وتطبيق رأي هؤلاء يؤدي الى كبت الآراء الحرة وابعاد العناصر الصالحة عن الحكم ، ويؤدي في النهاية الى الاستبداد ثم القلاقل والثورات •

ونظرية الشريعة الاسلامية تجمع بين هاتين النظريتين اللتين تأخذ بهما دول العالم ، ذلك أن نظريه الشريعة تجمع بين الحرية والتقييد وهي لاتسلم بالحرية على اطلاقها ، ولا بالتقييد على اطلاقه ، فالقاعدة الاساس في الشريعة هي حرية القول ، والقيود على هذه الحرية ليست الا فيما يمس الاخلاق والآداب — ١٤ — أو النظام ، والواقع أن هذه القيود قصد منها حماية الاخلاق والآداب والنظام ، ولكن هذه الحماية لا تتيسر الا بتقييد حرية القول ، فاذا منع القائل من الخوض فيما يمس هذه الاشياء فقد منع من الاعتداء ولم يحرم من أي حق لأن الاعتداء لا يمكن أن يكون حقا •

ويمكننا بعد ذلك أن نقول ان الشريعة الاسلامية تبيح لكل انسان أن يقول ما يشاء دون عدوان فلا يكون شتاما ولا عيابا ولا قاذفا ولا كاذبا ، وأن يدعو الى رأيه بالحكمة والموعظة الحسنة ، وأن يجادل بالتي هي أحسن ، وأن لا يجهر بالسوء من القول ، ولا يبدأ به ، وأن يعرض عن الجاهلين • ولا جدال في أن من يفعل هذا يحمل الناس على أن يسمعوا

١٤ — والشريعة الاسلامية حينما تنبه المسلم الى الآثار السيئة المترتبة على الكلام المنافي للأخلاق والآداب فانه سيتركه باختياره وبمحض ارادته ولا يكون مكرها على ذلك ولا مجبرا فيمتثل المسلم ذلك كما يمتثل بقية الاحكام الاسلامية مختارا •

قوله ويقدروا رأيه فضلا عن بقاء علاقاته بغيره سليمة ثم بقاء الجماعة يدا واحدة تعمل للمصلحة العامة •

والنصوص القرآنية الآتية تعتبر دستور القول في الشريعة وهي قوله تعالى : « ادع الى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم بالتي هي أحسن » [سورة النحل : ١٢٥] وقوله : « خذ العفو وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلين » [الاعراف : ١٩٩] وقوله : « واذا خاطبهم الجاهلون قالوا سلاما » [الفرقان : ٦٣] وقوله : « ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدوا بغير علم » [الانعام : ١٠٨] وقوله : « لا يحب الله الجهر بالسوء من القول الا من ظلم » [النساء : ١٤٨] وقوله : « ولا تجادلوا أهل الكتاب الا بالتي هي أحسن الا الذين ظلموا منهم » [العنكبوت : ٤٦] •

هذه هي نظرية الحرية بشعبها الثلاث جاءت بها الشريعة الاسلامية في وقت كان الناس فيه لا يفكرون بعقولهم ، ولا يحفلون إلا بما وجدوا عليه آباءهم ، وكان من الطبيعي في نظرهم أن يكره الرجل على تغيير عقيدته ولم يكن لاحد حرية القول أو التفكير الا أصحاب السلطان والاقوياء • وقد لقي المسلمون الاول عنتا شديدا في نشر الدعوة الاسلامية ، فعذبوا لتغيير عقيدتهم ، وأكرهوا على ذلك بشتى الوسائل ، وكان الكفار والمكذبون يترصدون لهم فلا يحاولون القول الا منعوهم منه ، ولا التعبد الا آذوهم به •

وظاهر مما سبق أن الشريعة حين جاءت بنظرية الحرية لم تكن تجاري تطور الجماعة أو تلبي رغباتها ، لان العالم كله في ذلك الوقت لم يكن مهيأً لنظرية الحرية ، وانما قررت الشريعة هذه النظرية لترفع بها مستوى الجماعة

وتدفعهم نحو التقدم والرقي ، وتبتعد بهم عن الموطن الذي نزلت بهم فيه همجيتهم ، وأرضاهم به جهلهم – كذلك كان تقرير النظرية لازما لتكميل الشريعة بما تستلزمه الشريعة الكاملة الدائمة .

وقد جاءت النصوص المقررة للحرية والمبينة لحدودها نصوصا عامة مرنة بحيث لا يمكن أن نحتاج الى تعديل أو تبديل . وهذا يتفق مع الاساس الذي قامت عليه الشريعة وهو عدم قابليتها للتعديل والتبديل ، ولا شك أن النصوص من العموم والمرونة بحيث لا يمكن أن تضيق بأي حالة مهما تغيرت الظروف والامكنة وطال الزمن .

ولقد سبقت الشريعة الاسلامية القوانين الوضعية في تقرير نظرية الحرية بأحد عشر قرنا على الاقل ، لان القوانين الوضعية لم تبدأ بتقرير هذه النظرية الا في أواخر القرن الثامن عشر وأوائل القرن التاسع عشر . أما قبل ذلك فلم تكن هذه القوانين تعترف بالحرية بل كانت أقسى العقوبات تخصص للمفكرين ودعاة الاصلاح ولمن ينتقد عقيدة تخالف العقيدة التي يعتنقها أولو الامر . هذا هو الواقع وهذه حقائق التاريخ ، فمن شاء بعد ذلك أن يعرف كيف نشأت الأكذوبة الكبرى التي تقول ان الاوربيين هم أول من دعا للحرية فليعلم أنها نشأت من الجهل بالشريعة الاسلامية ، وقد يعذر الاوربيون في هذا الجهل أما نحن فلن نجد لانفسنا عذرا .

٢٧ – نظرية الشورى :

جاءت الشريعة الاسلامية مقررة لمبدأ الشورى – ١٥ – في قوله تعالى:

---

١٥ – فارق واضح بين معنى الآيتين المباركتين ، أما الآية الاولى فمعناها كما مر علينا قريبا أن ما أوكله الله للامة من شؤون ليس لشخص خاص

« وأمرهم شورى بينهم » [الشورى : ٣٨] وفي قوله : « وشاورهم في الامر » [آل عمران : ١٥٩] ولم يكن تقرير النظرية نتيجة لحال الجماعة فقد كان العرب في أدنى دركات الجهل وفي غاية التأخر والانحطاط ، وانما قررت الشريعة النظرية لانها قبل كل شيء من مستلزمات الشريعة الكاملة الدائمة المستعصية على التبديل والتعديل ، ولان تقرير النظرية يؤدي بذاته الى رفع مستوى الجماعة وحملهم على التفكير في المسائل العامة والاهتمام بها والنظر الى مستقبل الامة نظرة جدية . والاشتراك في الحكم بطريق غير مباشر ، والسيطرة على الحكام — ١٦ — ومراقبتهم • فالنظرية اذن مقررة لتكميل الشريعة ولتوجيه الجماعة ورفع مستواها •

وظاهر من صيغة النصين — ١٧ — المقررين لمبدأ الشورى أنهما عامان مرنان الى آخر حدود العموم والمرونة ، بحيث لا يمكن أن يحتاج الامر الى تعديلهما أو تبديلهما في المستقبل ، وفي هذا بيان لما قلناه من الشريعة تتميز بصفة الدوام وانها لا تقبل التبديل والتعديل •

ولهذه الاعتبارات اكتفت الشريعة بتقرير الشورى كمبدأ عام وتركت

أو لجماعة خاصة أن تختص به ، بل هو حق للأمة جميعا ، وأما ما كان من اعماله سبحانه كارسال الانبياء وتعيين الائمة فليس من أمور الامة ليكون شورى بينهم ، وأما الآية الثانية فهي لا تدل على الزام النبي (ص) اتباع رأي الصحابة عند استشارتهم بقرينة قوله تعالى « فاذا عزمت فتوكل على الله » •

١٦ — غير النبي (ص) والأئمة المعصومين (ع) الذين عينهم الله سبحانه وتعالى ولم يوكل أمر نصبهم الى الامة •

١٧ — مر علينا آنفا ان النص الاول هو الذي يقرر مبدأ الشورى دون الثاني •

لاولياء الامور في الجماعة أن يضعوا معظم القواعد اللازمة لتنفيذه ـ ١٨ ـ ، لان هذه القواعد تختلف تبعا لاختلاف الامكنة والجماعات والاوقات ، فلأولياء الامور مثلا أن يعرفوا رأي الشعب عن طريق رؤساء الاسر والعشائر أو عن طريق ممثلي الطوائف ، أو بأخذ رأي الافراد الذين تتوفر فيهم صفات معينة اما بطريق التصويت المباشر واما بطريق التصويت غير المباشر ، ولاولياء الامور أن يسلكوا أي سبيل آخر يرون أنه أفضل من غيره في تعرف رأي الجماعة بشرط أن لا يكون في ذلك كله ضرر ولا ضرار بصالح الافراد أو الجماعة أو النظام العام ٠

أما القواعد الاساس الخاصة بتطبيق مبدأ الشورى وتنفيذه وهي قليلة فقد بينت الشريعة أحكامها ولم تتركها لاولياء الامور ، وهذه القواعد حكمها حكم مبدأ الشورى لا تقبل التعديل ولا التبديل لانها قواعد جاءت بها نصوص خاصة والقواعد أن ما نص عليه لا يعدل ولا يبدل ٠

ومن هذه القواعد الاساس التي توجب الشريعة اتباعها في تطبيق مبدأ الشورى وتنفيذه أن تكون الاقلية التي لم يؤخذ برأيها أول من يسارع الى تنفيذ رأي الاغلبية ، وأن تنفذه بإخلاص ـ ١٩ ـ باعتباره الرأي الواجب الاتباع ، وأن تدافع عنه كما تدافع عنه الاغلبية ، وليس للأقلية أن تناقش رأيا ـ ٢٠ ـ اجتاز دور المناقشة ، أو تشكك في رأي وضع موضع التنفيذ ، وتلك هي سنة الرسول التي سنها للناس والتي يجب على الناس

---

١٨ ـ في غير ظرف وجود النبي والامام المعصوم ٠

١٩ ـ إذا كان رأي الأغلبية غير مناف للشريعة الاسلامية والا فلا يجب تنفيذه اذ لا طاعة لمخلوق مع عصيان الخالق ٠

٢٠ ـ بالشرط السابق ٠

اتباعها طبقا لقوله تعالى ــ ٢١ ــ : « وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا » [الحشر : ٧] •

ولقد سن الرسول صلى الله عليه وسلم هذه السنة وعمل بها في حياته ــ ٢٢ ــ ، واتبعها أصحابه بعد وفاته • وعمل الرسول بهذه السنة لما علم باستعداد قريش لغزوة أحد وانهم أقبلوا الى المدينة ونزلوا قريبا من جبل أحد فجمع عليه السلام أصحابه . واستشارهم أيخرج اليهم أم يمكث في المدينة ؟ وكان رأيه أن لا يخرجوا من المدينة وأن يتحصنوا بها فان دخلوها قاتلهم المسلمون على أفواه الازقة والنساء من فوق البيوت ، ووافقه على هذا الرأي عبد الله بن أبيّ وبعض الصحابة ، ولكن جماعة الصحابة أشاروا بالخروج والحوا عليه في ذلك • فكان الرسول أول من وضع رأي الاكثرية موضع التنفيذ ــ ٢٣ ــ ، اذ نهض من المجلس فدخل بيته ولبس لامته ، وخرج عليهم ليقود الاقلية والاكثرية الى لقاء العدو خارج المدينة ، وقد سارع الرسول بتنفيذ رأي الاغلبية بالرغم من مخالفته لرأيه الخاص الذي أظهرت الحوادث فيما بعد أنه كان الرأي الأحق بالاتباع •

---

٢١ ــ الآية المباركة تأمر باطاعة أوامر الرسول لا اطاعة أوامر الاغلبية •

٢٢ ــ مر علينا قريبا ان مبدأ الشورى انما يقرره النص الأول دون الثاني لان النبي (ص) لم يكن يجب عليه الاخذ بآراء أصحابه وكان رأيه هو القطعي كما يدل عليه قوله تعالى « فاذا عزمت فتوكل على الله » •

٢٣ ــ لا يجب على النبي (ص) اتباع آراء اصحابه وان أجمعوا كما يدل على ذلك قوله تعالى « فاذا عزمت فتوكل على الله » وانما ترك (ص) رأيه في هذه الواقعة واتبع رأي الاكثرية خوفا من عصيان الجيش ومخالفتهم لأمره •

وعمل أصحاب الرسول بهذه السنة بعد وفاته في حروب الردة ــ ٢٤ ــ فقد كان رأي الغالبية أول الامر متجها الى عدم محاربة المرتدين ومسالمتهم. وكان رأي الاقلية وعلى رأسهم أبو بكر متجها الى محاربة المرتدين وعدم التسامح معهم ، وانتهت المناقشة بجنوح الكثيرين الى رأي أبي بكر بعد اقتناعهم به ، فلما وضع هذا الرأي موضع التنفيذ كان المخالفون في الرأي هم أول المنفذين له ــ ٢٥ ــ والمضحين في سبيل تنفيذه بأموالهم وأبنائهم وأنفسهم •

وهذه السنة المباركة التي تكمل مبدأ الشورى العام تعتبر في وقتنا الحاضر العلاج الناجع لفشل الديموقراطية • فمن المسلم به أن البلاد الديموقراطية فشلت فشلا ذريعا في تطبيق مبدأ الشورى ، والسبب الاساس في هذا الفشل أنهم يسمحون للأقلية أن تناقش الرأي الذي أقرته الاغلبيه بعد انتهاء دور المناقشة ، وأن تشكك في قيمته وصلاحيته أثناء تنفيذه • بل انه يظل موضع الانتقاد والسخرية حتى بعد تمام تنفيذه ، ولما كانت القاعدة أن فريق الاغلبية هو الذي يتولى الحكم فان آراء هذا الفريق وأعماله

---

٢٤ ــ لم تكن هناك ردة بعد النبي (ص) وان الذين حاربهم ابو بكر احدى جماعتين ، أما جماعة انبعت من تنبأ وادعى النبوة ايام النبي (ص) واما جماعة أنكرت خلافة أبي بكر لأنها لم تكن عن نص ولا عن اجماع المسلمين ومن أراد التفصيل فليراجع كتاب « السقيفة » للعلامة الشيخ محمد رضا المظفر رحمه الله •

٢٥ ــ كما لا تكون الاغلبية حجة أيام عهد النبوة الزاهرة كذلك لا تكون حجة أيام الامام المعصوم المنصوب من قبل الله سبحانه فان الحجة انما هي رأيهما وما يأمران به •

لا تقابل بما يجب لها من الاحترام ، بل تكون دائما محل تشكيك وسخرية ويطعن عليها بتفاهتها وعدم صلاحيتها ، بل قد يحدث أن تمتنع الاقلية من تنفيذ القوانين التي تسنها الغالبية ، وتظل الحال هكذا حتى يصبح الفريق الحاكم أقلية ، فيترك الحكم ليتولاه فريق الاكثرية الذي تقابل آراؤه واعماله بمثل ما قوبل به فريق الاكثرية السابق ، وهكذا لا يتولى الحكم فريق الا كانت آراؤه وأعماله محل النقد والتشكيك والسخرية . وقد يكون النقد سبيلا من سبل الاصلاح اذا أبدى الناقد رأيه وقت المناقشة ، أو نقد آراء لم تناقش من قبل ، أما نقد الآراء التي سبقت مناقشتها والتشكيك فيهـا بعد أن وضعت موضع التنفيذ فذلك هو الفساد بعينه ، بل انه ليتناقض مع الاساس الذي تقوم عليه الشورى ، فأساس الشورى هو أن يحكم الشعب طبقا لرأي الاغلبية ، ومعنى ذلك أن أغلبية الشعب اذا أجمعت على رأي كان رأيها قانونا أو حكما تجب له الطاعة والاحترام .

ولقد أدى موقف الاقلية من الاغلبية الى نتيجته الطبيعية ، فظهر أولو الامر في البلاد الديمقراطية بمظهر العاجز الذي لا يحسن التصرف ، وفقد الافراد ثقتهم في الزعماء والجماعات والاحزاب ، وأصبحوا يتشككون في قدرتهم على حكم الشعب وادارة أموره ، وحق لهم أن يفقدوا ثقتهم فيمن تصدوا لقيادتهم فلم يسمعوا عنهم في يوم ما أنهم أرتأوا رأياً فكان موضع التقدير ، أو جاءوا بفكرة لم تكن موضع السخرية ، أو هموا بعمل لم يكن موضع النقد والتشكيك .

واذا كان فشل البلاد الديمقراطية في تطبيق مبدأ الشورى يرجع في الاصل الى انعدام الثقة فيمن يتصدون لقيادة الشعب ، الا أن تفشى هذا الفشل في كل البلاد الديمقراطية جعل الناس يعتقدون أن مبـدأ الشورى

نصه غير صالح للتطبيق فانتقل الشك وعدم الثقة من القائمين على تطبيق المبدأ الى المبدأ ذاته، واعتنق الكثير من البلاد الديموقراطية مبدأ الدكتاتورية وهم يظنون أنهم سيجدون فيه علاجا لحالة الشك وعدم الثقة التي تعيش فيها الشعوب •

ولكن التجارب أثبتت أن الديكتاتورية انتهت بفشل أفظع من فشل الديموقراطية ، لانها تؤدي الى كم الافواه وتعطيل حرية الرأي وحرية الاختيار وانعدام الثقة بين الشعوب والحكام وتوريط الشعوب والحكومات فيما لا تريده أو فيما لا يعود عليها الا بالضرر • واذا كانت الديكتاتورية تبدأ غالبا بالنجاح اذا استبدلت بالديمقراطية الفاشلة فان النجاح لا يرجع الى النظام ذاته ، وانما يرجع كما أثبتت التجارب الى ثقة المحكومين بشخصية الحاكمين وتعضيدهم اياهم والى حرص الحاكم على صالح الجماعة ، فاذا ما تغير الحكام الموثوق بهم ــ ٢٦ ــ ، أو فشلوا في القيام بمهمتهم ، انعدمت الثقة بين الحكام والمحكومين ، وابتدأ الفساد يدب في النظام الديكتاتوري وكان ذلك ايذانا بتغيير نظام الحكم ، وان كان التغيير ذاته يتوقف على عوامل أظهرها ضعف الحاكمين أو شجاعة المحكومين وقوتهم •

ونستطيع الآن أن نقول بحق : ان النظام الاسلامي لا يعتبر فقط علاجا ناجعا لفشل الديموقراطية ، ولكنه أيضا صمام الامن الذي يحمي الامم من الديكتاتورية ، لان هذا النظام يحفظ لمبدأ الشورى قيمته النظرية ، ويحقق صلاحيته العملية ، ويجيّش كل القوى لخدمة الجماعة ، ويدعو الى الثقة بالشورى والقائمين بأمرها ويسد الطريق على المبادىء الهدامة والديكتاتورية •

---

٢٦ ــ أو ظهرت حقيقتهم الفاسدة أمام المحكومين •

ونستطيع أيضاً أن نقول : ان النظام الديمقراطي يقوم في الأصل على الشورى والتعاون ، ولكنه انتهى بسوء التطبيق إلى تسليط المحكومين على الحاكمين ، وانعدام التعاون بينهما . وإن النظام الديكتاتوري يقوم في الأصل وعلى السمع والطاعة والثقة في مرحلة التنفيذ ، ولا تسمح قواعده بتسليط التطبيق إلى تسليط الحاكمين على المحكومين وانعدام الثقة بينهما . أما النظام الإسلامي — ٢٧ — فيقوم على الشورى والتعاون في مرحلة الأستشارة ، وعلى السمع والطاعة والثقة في مرحلة التنفيذ ، ولا تسمح قواعده بتسليط فريق على فريق ، وبهذا جمع النظام الإسلامي بين ما ينسب إلى الديمقراطية من فضائل ، وما ينسب إلى الديكتاتورية من مزايا ومحاسن ، ثم هو في الوقت نفسه بريء من العيوب التي تنسب للديمقراطية والديكتاتورية معاً .

ولقد سبقت الشريعة الإسلامية القوانين الوضعية في تقرير مبدأ الشورى بأحد عشر قرناً ، حيث لم تعترف هذه القوانين بمبدأ الشورى إلا بعد الثورة الفرنسية اللهم فيما عدا القانون الإنجليزي فقد عرف مبدأ الشورى في القرن السابع عشر ، وقانون الولايات المتحدة الذي أقر المبدأ بعد منتصف القرن الثامن عشر ، أما القانون الفرنسي فقد أخذ بمبدأ الشورى في آخر القرن الثامن عشر ، وعلى أثر ذلك انتشر مبدأ الشورى وأخذت به معظم القوانين في القرن التاسع عشر ، فالقوانين الوضعية حين قررت مبدأ الشورى لم تأت بجديد ، وإنما انتهت إلى ما بدأت به الشريعة الإسلامية ، وسارت في الطريق الذي سلكته الشريعة من القرن السابع الميلادي .

٢٨ — نظرية تقييد سلطة الحاكم :

جاءت الشريعة الإسلامية من يوم نزولها بنظرية تقييد سلطة الحاكم ،

---

٢٧ — الشوروي .

فكانت أول شريعة قيدت سلطة الحكام ، وحرمتهم حرية التصرف ، وألزمتهم أن يحكموا في حدود معينة ، ليس لهم أن يتجاوزوها وجعلتهم مسئولين عن عدوانهم وأخطائهم •

وتقوم النظرية على ثلاثة مبادىء أساسية : أولها ـ وضع حدود لسلطة الحاكم ـ ثانيها ـ مسئولية الحاكم عن عدوانه وأخطائه ـ ثالثها ـ تخويل الأمة حق عزل الحاكم •

المبـــدأ الأول ـ وضع حـــدود لسلطة الحاكـــم : ـ كـــانت سلطة الحاكم قبل نزول الشريعة سلطة مطلقة لا حد لها ولا قيد عليها وكانت علاقة الحاكمين بالمحكومين قائمة على القوة البحت ، ومن القوة كان الحاكم يستمد سلطانه ، وعلى مقدار قوته كانت سلطته ؛ فكلما كان قويا أمتد سلطانه لكل شيء ، وإن ضعف انكمشت سلطته وأصابها القصور والوهن • وكان الناس يدينون للحاكم بالطاعة لا لأنه يحكمهم ، بل لانه أقوى منهم . فكلما كان الحاكم قادراً على أن يسوق الناس بعصاه أو يغريهم بماله وجاهه فهم من الطائعين السامعين ، فإذا ضعف الحاكم واستطاع أحد منافسيه أن يتغلب عليه فإنه يستطيع تبعاً لذلك أن يتحكم في رقاب الرعية ، وكانت الرعية تعتبر خدما وعبيداً لصاحب السلطان سواء أورث سلطانه أم اكتسبه •

ولما كان الحاكم يستمد سلطته من قوته لم تكن سلطة أي حاكم تساوى سلطة الآخر ، ولم تكن هناك حدود مرسومة للحكام لا يتعدونها ، بل كان للحاكم أن يأتى ما يشاء ويدع ما يشاء دون حسيب أو رقيب •

وجاءت الشريعة فاستبدلت بهذه الأوضاع البالية أوضاعا جديدة تتفق مع الكرامة الإنسانية والحاجات الاجتماعية ، فجعلت أساس العلاقة بين الحكام والمحكومين تحقيق مصلحة الجماعة لا قوة الحاكم أو ضعف المحكومين ،

وتركت للجماعة حق اختيار الحاكم الذي يرعى مصلحتها ويحفظها ــ ٢٨ ــ ، وجعلت لسلطة الحاكم حدوداً ليس له أن يتعداها ، فإن خرج عنها كان عمله باطلا وكان من حق الجماعة أن تعزله وتولى غيره لرعاية شئونها .

وقد بينت الشريعة مهمة الحاكم بيانا شافيا وحددت حقوقه وواجباته تحديداً دقيقا ، فمهمة الحاكم في الشريعة أن يخلف رسول الله في حراسة الدين وسياسة الدنيا [١] ويسمى الحاكم في اصطلاح الفقهاء الإمام ــ ٢٩ ــ .

والإمامة أو الخلافة كما يرى الفقهاء عقد لا ينعقد إلا بالرضي والاختيار [٢] ــ ٣٠ ــ وبموجب هذا العقد يلزم الإمام أي الحاكم ــ ٣١ ــ

(١) الاحكام السلطانية ص ٣ . (٢) الاحكام السلطانية ص ٦ .

٢٨ ــ في زمان لا يوجد فيه نبي ولا امام معصوم منصوب من الله سبحانه حاضر غير غائب .

٢٩ ــ وفي اصطلاح فقهاء المذهب الجعفري لا يطلق اسم الامام الا على أحد الأئمة الاثني عشر (ع) الذين ثبتت عصمتهم وكونها من الله بالدليل القطعي عندهم .

٣٠ ــ بل الأمامة لا تنعقد عند الشيعة الأمامية الا بالنص من الله على لسان رسوله (ص) ، واما الدولة الاسلامية في ظرف عدم وجود النبوة وغيبة الامام فانما تكون بالشكل الذي تختاره الامة وترضاه ، ومن يتزعم الدولة الاسلامية سواء أكان واحدا أم جماعة انما يكون برأي الامة واختيارها وتطلق عليه الاسم الذي ترضاه له وتعطيه من الصلاحيات ما تراه أهلا لها .

٣١ ــ يلزم الامام المعصوم بادارة شؤون الامة بأمر من الله سبحانه وتعالى أما من يقوم مقامه حال عدم وجوده أو غيبته واحدا كان أو جماعة

أن يشرف على الشئون العامة للأمة في الداخل والخارج [١] ـ ٣٢ ـ بما يحقق مصلحتها ، بشرط أن يكون ذلك كله في حدود ما أنزل الله على رسوله ؛ وفي مقابل التزام الإمام للأمة بهذا الالتزام تلتزم له الأمة على لسان ممثليها الذين أختاروه إماما ـ ٣٣ ـ أن تسمع له وتطيع أمره ما لم يتغير حاله فيصبح فاسقا أو يعجز عن مباشرة عمله [٢] ، فإذا تغير حاله انعزل بفسقه أو عجزه ـ ٣٤ ـ .

---

(١) حدد صاحب الاحكام السلطانية واجبات الامام بأنها حفظ الدين وتوفير الامن والنظام واقامة الحدود وتنفيذ الاحكام وحفظ الثغور والجهاد والاشراف على الاموال العامة فى جبايتها وانفاقها والاشراف على الموظفين العموميين الذين يتولون كل هذه المهام .

(٢) المرجع نفسه ص ٢٢ ـ ١٧ .

فانما يلزم بالقيام بالواجبات التي تلزمه الامة بها .

٣٢ ـ اذا كان اماما منصوبا من قبل الله سبحانه ، أو كانت الامة قد أعطته هذه الصلاحيات الواسعة .

٣٣ ـ الامام المعصوم يختاره الله سبحانه وتعالى وأما من يقوم مقامه حال عدم وجوده أو غيبته فانما يعود كيفية اختياره الى الامة فان شاءت أن تنتخبه انتخابا مباشرا فان لها ذلك وان شاءت أن تنتخبه بواسطة جماعة تنتخبها الامة لتكون ممثلة لها وتنوب عنها في انتخاب رئيس الدولة الاسلامية فان لها ذلك .

٣٤ ـ لا يعقل الفسق في الامام المنصوب من قبل الله سبحانه وتعالى ولا ينعزل عن امامته ، وكذلك العجز ، فان منعه عارض من مرض وشبهه من ادارة الحكومة الاسلامية بنفسه فهو قادر على ادارتها بواسطة من يعينه من قبله ممن ينوب عنه في ادارتها .

أما رئيس الدولة الاسلامية المنتخب من قبل الامة فلما كان

فسلطة الإمام أي الحاكم في الشريعة ليست مطلقة ، وليس له أن يفعل ما يشاء ويدع ما يشاء ، وإنما هو فرد من الأمة اختير لقيادتها ــ ٣٥ ــ وعليه للأمة التزامات وله على الأمة حقوق ، وله من السلطة ما يستطيع أن يؤدي به التزاماته ويستوفي به حقوقه ، وهو في أداء واجباته واستيفاء حقوقه مقيد بأن لا يخرج على نصوص الشريعة أو روحها ، وذلك طبقا لقوله تعالى : « وأن احكم بينهم بما أنزل الله » [المائدة : ٤٩] وقوله : « ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها ولا تتبع أهواء الذين لا يعلمون » [الجاثية : ١٨]

وقوله : « ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون » [المائدة : ٤٤] وإذا كان الإمام أي الحاكم مقيداً بأن يتبع الشريعة وأن يحكم طبقا لنصوصها فمعنى ذلك أن سلطته مقيدة بنصوص الشريعة فما أباحته له فقد أمتد سلطانه إليه ، وما حرمته عليه فلا سلطان له عليه . والشريعة لا تبيح الحاكم إلا ما تبيحه لكل فرد ، ولا تحرم عليه إلا ما حرمته على كل فرد .

المبدأ الثاني ــ مسئولية الحاكم عن عدوانه وأخطائه : ــ وبعد أن بينت الشريعة واجبات الإمام أي الحاكم وحقوقه وحددت سلطته على الوجه السابق جعلته مسئولا عن كل عمل يتجاوز به سلطاته سواء تعمد هذا العمل

يشترط فيه القدرة والعدالة فمن البديهي سقوطه عن مقامه اذا فقد أحداهما .

٣٥ ــ سواء أكان المختار له هو الله سبحانه وتعالى إذا كان الحاكم هو أحد الأئمة الاثني عشر ، أم كان المختار له الأمة الاسلامية ان كان هو رئيس الدولة الاسلامية في ظرف عدم وجود الامام المعصوم المنصوب من الله تعالى وأيام غيبته .

أم وقع العمل نتيجة إهماله • ـ ٣٦ ـ ولم تكن الشريعة في تقرير مسئولية الحكام عن تصرفاتهم إلا متمشية مع منطق الأشياء ، فقد بينت للحاكم حقه وواجبه وألزمته بأن لا يخرج عن أحكام الشريعة ، وجعلته كأي فرد عادي فلم تميزه على غيره بأي ميزة ، فكان من الطبيعي تحقيقا للعدالة والمساواة واستجابة للمنطق أن يسأل الحاكم عن كل عمل مخالف للشريعة سواء تعمد هذا العمل أم وقع منه نتيجة إهماله ما دام كل فرد يسأل كذلك عن أعماله المخالفة للشريعة (١) •

المبدأ الثالث ـ تخويل الأمة حق عزل الحكام : ـ بينا فيما سبق أن الإمامة ـ ٣٧ ـ تنعقد بناء على عقد يختار فيه الشعب الامام أي الحاكم ويلتزم له بالطاعة في مقابل التزام الحاكم ـ ٣٨ ـ بالإشراف ـ ٣٩ ـ على شئون الأمة وقيادتها في الطريق التي رسمتها الشريعة وينبني على هذا المنطق أن الحاكم الذي يقوم بمهمته في الحدود المقررة لها يجب له على الشعب السمع والطاعة ، أما الحاكم الذي لا يقوم بالتزاماته أو يخرج عن حدودها فليس

(١) سنفصل الكلام على مسؤولية الحكام عندما نبحث فى سريان الشريعة على الاشخاص وانما تكلمنا على المسؤولية بالقدر الذي يظهر مميزات الشريعة وسبقها فى تقدير النظريات الحديثة فى القوانين .

٣٦ ـ لا يعقل للأمام المعصوم أن يتعمد تجاوز سلطاته أو يهمل بعض ما يجب عليه القيام به ، نعم هذا ممكن في رئيس الدولة الذي يقوم مقام الأمام حال عدم وجوده أو غيبته •

٣٧ ـ بمعنى رئاسة الدولة الاسلامية في ظرف عدم وجود نبي ولا إمام معصوم منصوب من الله تعالى •

٣٨ ـ فرداً كان أو هيئة مكونة من جماعة •

٣٩ ـ بل بالقيام بالصلاحيات التي أعطته له الأمة •

له أن ينتظر — ٤٠ — من الشعب السمع والطاعة ، وعليه هو أن يتنحى عن مركزه لمن هو أقدر منه على الحكم في حدود ما أنزل الله ، فإن لم يتنح مختاراً نحّاه الشعب مكرهاً واختار غيره .

وهذا الذي يقتضيه المنطق هو حكم الشريعة الصريح نفسه ، جاء به القرآن وأمر به الرسول . وعمل به الخلفاء الراشدون من بعده — ٤١ — ، فالله جل شأنه يأمر بطاعة أولى الامر في حدود ما جاء به الرسول فيقول : « يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلا » [النساء : ٥٩] — ٤٢ — والرسول (ع) يقول : « لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق » ويقول : « إنما الطاعة في المعروف » ويقول في ولاة الأمور : « من أمركم منهم بمعصية فلا سمع له ولا طاعة » .

وبعد موت الرسول أختار المسلمون أبا بكر خليفة عليهم

---

٤٠ — لأنه بعدم قيامه بالتزاماته يصبح خائناً ولا يجب اطاعة أمر الخائن ولا امتثال احكامه .

٤١ — لا يعتمد فقهاء المذهب الجعفري إلا على من ثبتت عصمته ولم تثبت عصمة أحد من الخلفاء إلا امير المؤمنين علي (ع) ولم يدع أحد من المسلمين العصمة لغيره من الخلفاء الراشدين .

٤٢ — الآية المباركة لا دلالة فيها على ما يدعيه المصنف لأنها تأمر المؤمنين اولاً بأطاعة الله ورسوله وأولي الأمر ثم تأمر بارجاع ما يتنازع فيه الى الله والرسول فأين دلالتها على تقييد اطاعة أولي الأمر في حدود ما جاء به الرسول .

ـ ٤٣ ـ فكانت أول خطبة يقولها تطبيقا دقيقا لهذه النصوص ـ ٤٤ ـ حيث قال: « أيها الناس قد وليت عليكم ولست بخيركم إن أحسنت فأعينوني وإن أسأت فقوموني ـ أطيعوني ما أطعت الله ورسوله فإن عصيت الله ورسوله فلا طاعة لي عليكم » .

وولى عمر أمر المسلمين بعد أبي بكر فكان حريصاً على إظهار معاني هذه النصوص وتثبيتها في الأذهان ، خطب يوماً فقال : « لوددت أني وإياكم في سفينة في لجة البحر تذهب بنا شرقاً وغربا فلن يعجز الناس أن يولوا رجلا منهم فإن استقام اتبعوه وإن جنف قتلوه » فقال طلحة : « وما عليك لو قلت وإن تعوج عزلوه » قال : « لا ، القتل أنكل لمن بعده » .

هذه هي نظرية الشريعة جاءت بها في وقت كانت فيه سلطة الحاكمين على المحكومين سلطة مطلقة ، فلم تكن الشريعة حين قررت هذه النظرية تأتي بما يلائم الجماعة ويصلح لحالها وإنما جاءت بالنظرية لأنها ضرورية للشريعة الكاملة الدائمة من ناحية ، ولترفع بها مستوى الجماعة وتدفعهم نحو الرقي من ناحية أخرى ، فالنظرية إذن شرعت للتكميل والتوجيه .

وهذه هي النصوص التي تقوم عليها النظرية جاءت عامة إلى آخر حدود

---

٤٣ ـ لم يختر المسلمون أبا بكر وانما اختارته جماعة من أهل المدينة وامتنع عن بيعته بنو هاشم وسعد بن عبادة وجماعة من المهاجرين والأنصار أما بقية البلاد الاسلامية فلم يؤخذ رأيها في الخلافة أصلاً .

٤٤ ـ ان فقهاء المذهب الجعفري لم يعتمدوا إلا كلام من ثبتت عصمته عندهم ، ولم يثبت عندهم ولا عند غيرهم من المسلمين عصمة أحد من الخلفاء إلا امير المؤمنين علي (ع) فلا يصح الاستشهاد بأقوال غيره من الصحابة ولا بأفعالهم .

العموم ، مرنة إلى آخر حدود المرونة بحيث تنطبق في كل زمان ومكان ولا تضيق بما يمكن أن يستجد من حالات .

وقد سبقت الشريعة الإسلامية بنظريتها كل القوانين الوضعية في تقييد سلطة الحكام ، وتعيين الأساس الذي تقوم عليه علاقة الحاكمين بالمحكومين ، وفي تقرير سلطان الأمة على الحكام . وأول قانون وضعي اعترف بعد الشريعة بسلطان الأمة على الحكام هو القانون الإنجليزي ، وكان ذلك في القرن السابع عشر أي بعد أن قررت الشريعة نظريتها بأحد عشر قرنا ، ثم جاءت الثورة الفرنسية في نهاية القرن الثامن عشر وعلى أثرها انتشر هذا المبدأ في القوانين الوضعية .

وتسير القوانين الوضعية في تقرير النظرية على هدى الشريعة الإسلامية . فتجعل الحد بين الحاكمين والمحكومين الدستور الوضعي الذي يبين حقوق الأفراد والجماعات والحكام ومدى سلطان كل ، كما جعلت النظرية الشرعية الحد بين الحاكمين والمحكومين نصوص الشريعة وهي الدستور الإسلامي .

٢٩ ــ نظرية الطلاق :ــ

أباحت الشريعة الإسلامية للرجل أن يطلق المرأة سواء دخل بها أم لم يدخل ، ولو لم يقم دليل ظاهر على أن ضرراً حدث للرجل من الزواج فالأمر في تطليق المرأة متروك للرجل .

وأباحت الشريعة للمرأة ان تطلب من القضاء أن يطلقها على الزوج إذا أثبتت أنه يضارها ــ ٤٥ ــ ضرراً مادياً أو أدبياً ، أو لا يؤدي لها ما توجبه

---

٤٥ ــ حتى تصبح الزوجية ضررية عليها أو يصبح تحملها حرجياً وشاقاً عليها.

الشريعة على الزوج من حقوق للزوجة ــ ٤٦ ــ .

وأساس الفرق بين الرجل والمرأة في استعمال حق الطلاق أن للرجل حق القوامة والرئاسة فيما يتعلق بشئون الزوجية (١) وهو الذي يتحمل وحده أعباءها ، فهو ملزم بمهر الزوجة ونفقات الزواج ، وملزم بالإنفاق على الزوجة من يوم العقد ولو لم تنتقل إلى بيته ، وملزم بالإنفاق عليها وعلى أولادها منه ، فأعطى له حق الطلاق مطلقا من كل قيد في مقابل هذه المسئوليات الجسيمة ، وفي هذا مصلحة للمرأة من وجه آخر لأن إلزام الرجل ببيان أسباب الطلاق قد يؤدي الى تلويث سمعة المرأة وحرمانها من الزواج بعد ذلك ــ أما المرأة فأعطى لها حق الطلاق مقيداً بحصول ضرر مادي أو أدبي ــ ٤٧ ــ ، وفي هذا ما يتفق مع تقديم الرجل عليها درجة في شئون الزوجية ، وما يحميها حماية كافية من تعنت الزوج ، وما يحمي الزوج في الوقت نفسه من أن تسيء الزوجة استعمال حقها في طلب الطلاق .

وإذا كانت الشريعة قد أعطت الرجل الطلاق مطلقاً ــ ٤٨ ــ من كل

(١) راجع الفقرة ٢٢ .

٤٦ ــ فيخيره الحاكم بين الطلاق والأنفاق فان امتنع عنهما طلق الحاكم زوجته ، وأما من قصر في بقية الحقوق ولم يمكن للحاكم الزامه بها فان أمكنها الصبر وجب عليها أن تصبر ، وإن كان الصبر مضراً لها وشاقاً عليها مشقة تبلغ الحرج فيطلقها الحاكم أيضاً .

٤٧ ــ على التفصيل الذي مر علينا قريباً .

٤٨ ــ بمعنى انها لم يحرمه عليه ولكنه قد نهى عنه بالنهي الكراهي الشديد حتى ورد في بعض الأخبار أن الطلاق ابغض الحلال الى الله وان الله ليكره مجلساً يقع فيه الطلاق ومن البديهي ان المسلم لا يقدم على عمل يكرهه الله سبحانه ما لم يكن مضطراً اليه .

قيد فإنها قد فرضت عليه في مقابل ذلك واجبات قصد منها حماية الزوجة وحفظ مصلحتها ٠

والطلاق إما أن يكون قبل الدخول وقبل فرض مهر للزوجة ، واما أن يكون قبل الدخول وبعد فرض مهر الزوجة ، وإما أن يكون بعد الدخول ، وفي كل حالة من هذه الحالات ألزمت الشريعة الرجل بالتزامات لا مفر منها عليه أن يؤديها للمرأة ، وهذه الالتزامات تعتبر من ناحية تعويضا للمرأة كما أنها من ناحية أخرى تحمل الرجل على أن يفكر كثيرا قبل استعمال حق الطلاق ٠

الطلاق قبل الدخول وفرض المهر :

إذا طلق الرجل المرأة قبل أن يدخل بها أو يفرض لها مهراً فعليه أن يمتعها أي يعوضها عن الطلاق بما يقتضيه العرف أي بما تعارف أمثال الزوج ومن هم في طبقته على أدائه للمرأة في مثل هذه الحالة ، والمقصود بالأمثال أن يكونوا مثله من الناحية المالية وذلك قوله تعالى : « لا جناح عليكم إن طلقتم النساء مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ، ومتعوهن على الموسع قدره ، وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين » [البقرة : ٢٣٦]٠

الطلاق قبل الدخول وبعد فرض المهر :

وإذا طلق الرجل زوجته قبل الدخول وبعد فرض المهر فهو ملزم بأن يدفع لها نصف المهر تعويضا عن الطلاق طبقا لقوله تعالى : « وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح » [البقرة : ٢٣٧] ٠

الطلاق بعد الدخول :

أما إذا طلق الرجل المرأة بعد الدخول فهو ملزم لها بكل المهر ولو كان أكثره غير حال ــ ٤٩ ــ ، وعليه أن يسلمها كل ما قدمه لها بمناسبة الزواج أو ما ملكها إياه في حال الزوجية سواء كان ملزما به أم متفضلا به عليها وذلك طبقاً لقوله تعالى : « وان أردتم استبدال زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً أتأخذونه بهتانا وإثما مبينا » [النساء : ٢٠] .

وعلى الزوج بعد ذلك أن ينفق على الزوجة حتى تستوفي عدتها وتصبح بذلك أهلا للزواج من غيره . وتختلف عدة المطلقة بحسب ما إذا كانت حاملا أو غير حامل ، فإن كانت حاملا فعدتها أن تضع حملها طبقا لقوله تعالى : « وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن » [الطلاق : ٢٨] وإن لم تكن حاملا فعدتها أن تمر عليها ثلاثة قروء طبقا لقوله تعالى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » [البقرة : ٢٢٨] والقرء هو الحيض على رأى والطهر من الحيض على رأى آخر ــ ٥٠ ــ .

---

٤٩ ــ أختلف فقهاء المذهب الجعفري في هذه المسألة فذهب بعضهم الى أن المؤجل يكون حالاً بالطلاق وانكر ذلك آخرون والرأي الراجح عندنا هو الأول لأن اشتراط تأجيل بعض المهر أو جميعه بحسب ارتكاز الزوجين انما هو في ظرف بقاء الزوجية لا في ظرف انقطاعها بطلاق أو بموت الزوج فلا يجب على الزوجة انتظار الأجل المضروب للمطالبة ببقية المهر .

٥٠ ــ وهو الرأي الراجح عند فقهاء المذهب الجعفري واستندوا الى اخبار معتبرة رواها علماؤهم ويشهد لصحة ذلك من طرق أخواننا حفاظ أهل

وأول ما يلاحظ على النصوص التي جاءت في الطلاق أنها نصوص مرنة وعامة إلى آخر حدود العموم والمرونة ، ومن ثم كانت صالحة لكل عصر ولكل مصر ، ولم تكن في حاجة الى التعديل أو التبديل ، ولقد أثبت ذلك الزمن نفسه حيث مر على هذه النصوص أكثر من ثلاثة عشر قرناً وهي ما تزال على ما كانت عليه يوم نزولها من الجدة والصلاحية والسمو •

وإذا كانت الشريعة الإسلامية قد قررت حق الطلاق للزوجين من ثلاثة عشر قرناً وأحاطته بهذه الضمانات القوية العادلة • فإن العالم المتحضر لم يعرف هذا الحق ، ولم يعترف به إلا في القرن العشرين ، بل كان بعضهم يأخذ على الشريعة أنها جاءت مقررة لحق الطلاق ، ثم دار الزمن دورته وجاء عصر العلوم والرقي وتقدمت الأمم وتفتحت العقول فرأى العلماء والمفكرون أن تقرير حق الطلاق نعمة على المتزوجين وأنه الطريق الوحيد للخلاص من الزواج الفاشل ، ومن سوء العشرة والآلام النفسية ، وأن الطلاق هو الذي يحقق سعادة الزوجين إذا فشل الزواج في تحقيقها ، وأنه يحفظ الرجل والمرأة من التعرض للأخطاء ووساوس الشيطان ــ ٥١ ــ •

السنة والجماعة الخبر الذي يذكره ابن رشد في الجزء الثاني من كتابه بداية المجتهد ص ٩ عن النبي (ص) انه قال مرة : فليراجعها حتى تحيض ثم تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم يطلقها إن شاء قبل أن يمسها فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء •

٥١ ــ وهناك الشرائط التي قيد بها الشارع الطلاق من كونه امام شاهدين عدلين كما يدل على ذلك قوله سبحانه في سورة الطلاق (٢) : « فإذا بلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوي عدل منكم واقيموا الشهادة لله ذلكم يوعظ به من كان يؤمن بالله

ولا يكاد اليوم يخلو قانون وضعي من قوانين الامم المتحضرة من النص على الطلاق والاعتراف به ، ولكن هذه القوانين تختلف في مدى الاخذ بمبدأ الطلاق فبعض يتوسع في تطبيق المبدأ ، و بعض يضيق من الدائرة التي يطبق فيها ، فالقانون الروسي يبيح الطلاق للرجل والمرأة دون قيد ولا شرط فهو يأخذ بالمبدأ الذي وضعته الشريعة للرجل ويطبقه على المرأة والرجل معا وقوانين بعض الولايات التابعة للولايات المتحدة الامريكية تبيح للرجل وللمرأة معا حق طلب الطلاق اذا أثبت الطالب أن الآخر يضاره ضرارا ماديا أو أدبيا فهذه القوانين تأخذ بالمبدأ الذي قررته الشريعة حقا للمرأة وتطبقه على الرجل والمرأة معا . وأكثر القوانين الوضعية تبيح الطلاق بناء على طلب أحد الزوجين في حدود ضيقة ولأسباب معينة ، فهذه القوانين تطبق على الرجل والمرأة ما جعلته الشريعة حقا للمرأة ولكنها تحدد أسباب الطلاق وتضيق من دائرتها .

وهكذا بدأ العالم بعد ثلاثة عشر قرنا يعترف بنظرية الشريعة الاسلامية في الطلاق ويأخذ بها ، وقد لا يمضي القرن العشرون حتى تتوسع القوانين

واليوم الآخر ومن يتق الله يجعل له مخرجا » .

ويشترط ان تكون في طهر غير مواقع فيه وإن يكون الطلاق عن رضا واختيار ومنع الزوج من اخراج زوجته من البيت اثناء العدة واباح له العود اليها متى شاء فانه مع هذه الأحكام لو كان يمكن لهذه الزوجية أن تسعد الزوجين لما تم هذا الطلاق إذ لما وجد للزوج طهر لم يواقع فيه ولما بقي متجنباً عن زوجته حتى يجد الشهود العدول . ولما أمتنع من الرجوع اليها وهي في عدتها فاستكمال شرائط الطلاق وعدم رجوعه اليها في العدة دليل عدم إمكان الوئام بين الزوجين وعدم امكان الزوجية السعيدة بينهما .

الوضعية في اباحة الطلاق وتطبيق نظرية الشريعة بحذافيرها •

ونستطيع أن نتبين مما سبق أن العالم لم يكن مهيأ لقبول نظرية الطلاق يوم نزلت بها الشريعة ، وأن وجود هذه النظرية في الشريعة اقتضته ضرورة تكميل الشريعة بما تحتاج اليه الشريعة الكاملة الدائمة من نظريات ، وقصد منه رفع مستوى الجماعة ودفعها نحو الرقي والكمال •

٣٠ ـ نظرية تحريم الخمر :

حرمت الشريعة الاسلامية الخمر تحريما مطلقا وجعلت عقوبة تناول الخمر من الحدود (أي العقوبات) المقدرة التي لا يجوز لولي الامر العفو عنها ولا عن الجريمة التي وضعت لها . ولا يجوز للقاضي أن يخفضها أو يستبدل بها غيرها ، أو يوقف تنفيذها •

ولم تحرم الشريعة الخمر مرة واحدة ، بل جاءت بالتحريم تدريجيا ، لان شرب الخمر كان متفشيا في العرب . وكان الخمر احدى متعهم وسبيل لهوهم فاقتضت حكمة التشريع التدرج في التحريم . وكان أول نص من نصوص التحريم قوله ـ ٥٢ ـ « يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وانتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون » [النساء : ٤٣] فنهاهم الله عن الصلاة وهم سكارى ولما كانت الصلاة فريضة لا بد من أدائها فقد وجب عليهم أن لا يتناولوا الخمر بكميات تسكرهم ليستطيعوا أن يؤدوا فريضة الصلاة خمس مرات

---

٥٢ ـ يمكن ان يكون المراد بالآية المباركة النهي عن إتيان الصلاة وهو غافل عنها لا يفهم معنى ما يقول وغير منقطع الى الصلاة وحاله حال السكارى وليس المراد الشاربون للخمر فتكون الآية أجنبية عن تحريم الخمر •

فيما بين الفجر والعشاء وهم غير سكارى ولعل هذا كان داعيا لهم أن يتساءلوا ـ عن حكم الخمر في ـ ذاتها ، وقد جاء النص الثاني من نصوص التحريم يرد على هذا التساؤل ويبين علة التحريم وذلك قوله تعالى : « يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس واثمهما أكبر من نفعهما » [البقرة : ٢١٩] وبعد أن أصبحت النفوس مهيأة لترك الخمر نزل النص القاطع في التحريم وهو قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا انما الخمر والميسر والانصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون » [المائدة : ٩٠ ، ٩١] .

وظاهر من نصوص الشريعة أنها عامة مرنة الى آخر حدود العموم والمرونة وهذه الميزة التي تتميز بها نصوص الشريعة هي التي جعلت هذه النصوص صالحة للتطبيق وقت نزول الشريعة ، وحفظت لها هذه الصلاحية في عصرنا الحاضر أي بعد مضي ثلاثة عشر قرنا على تاريخ نزولها ، وهذه الميزة هي التي ستحفظ لها هذه الصلاحية في مستقبل الايام مهما امتد الزمن وطال . فاذا ما قلنا ان الشريعة لا تقبل التعديل والتبديل فذلك لانها صيغت بحيث لاتحتاج الى تعديل أو تبديل .

ولم تأت الشريعة بتحريم الخمر مجاراة لحال الجماعة أو استجابة لرغباتها فقد كانت فكرة التحريم بعيدة عن الاذهان ، ولم تكن النفوس مهيأة لها ، وانما جاءت الشريعة بالتحريم لانه ضروري لتكميل الشريعة بما يجب أن تكون عليه الشريعة الكاملة الدائمة ، وجاءت به لترفع مستوى الجماعة وتوجهها نحو السمو والكمال ، واذا كان العالم غير الاسلامي قد أصبح الآن يفكر في تحريم الخمر كما أصبحت النفوس مهيأة لقبول التحريم فمعنى ذلك

أن الشريعة الاسلامية بما قررته من تحريم الخمر دعت الناس أن يتقدموا عصرهم بأكثر من ثلاثة عشر قرنا •

ولقد دعت الشريعة الاسلامية العالم الى ترك الخمر وحرمتها على الناس من القرن السابع ، ولكن لم يستجب لهذه الدعوة ويأخذ نفسه بتحريم الخمر الا البلاد الاسلامية ، أما ما عداها من البلاد فقد بقيت تحت سلطان الخمر حتى أثبت العلم المادي أخيراً أن الخمر مفسدة عظمى ، وانها تهدم الصحة وتضيع المال وتضعف النسل والعقل وتضر بالانتاج ضررا بليغا ، هنالك بدأت الدعوة لتحريم الخمر تظهر وتشتد ، وتؤلف لها الجماعات وتجمع لها الاموال وتنشر الصحف . وقد نجحت الدعوة لتحريم الخمر نجاحا ملحوظا فلا يكاد يوجد اليوم بلد ليس فيه جماعات قوية تدعو لتحريم الخمر وتجد كل تعضيد ومساعدة من المفكرين والمصلحين بحيث يمكن ان يقال : ان الدعوة الى تحريم الخمر أصبحت اليوم عامة •

ويستطيع الانسان أن يرى أثر الدعوة الى تحريم الخمر ظاهـرا في التشريعات التي صدرت في القرن الحالي ، فالولايات المتحدة أصدرت من عدة سنين قانونا يحرم الخمر تحريما تاما ، والهند أصدرت من بعدها قانونا مماثـلا وهاتان هما الدولتان الوحيـدتان اللتان حرمتـا الخمر تحريمـاً تاما • أما أكثر الدول فقد استجابت للدعوة استجابة جزئية فحرمت تقديم الخمر أو تناولها في المحلات العامة في أوقات معينة من النهار ، كما حرمت تقديمها أو بيعها لمن لم يبلغوا سنا معينة •

ونستطيع أن نقول بعد ذلك ان العالم اليوم أصبح مهيئاً لفكـرة تحريم الخمر بعد أن ثبت علميا أنها تضر بالشعوب ضررا بليغا ، وان الدعوة الى التحريم تأخذ طريقها ويشتد ساعدها كل يوم وتجد من العلماء والمصلحين

كل تعضيد وأن اليوم الذي تحرم فيه كل الدول الخمر تحريما قاطعا لم يعد بعيدا . وأن العالم قد بدأ يأخذ بنظرية الشريعة الاسلامية ويسير على آثرها فسجل على نفسه بذلك أنه استجاب للحق بعد أن ظل يدعى اليه ثلاثة عشر قرنا فلا يجيب .

٣١ - نظرية تعدد الزوجات :

جاءت الشريعة الإسلامية من يوم نزولها مبيحة لتعدد الزوجات بشرط أن يعلم الزوج من نفسه القدرة على العدل بينهن ، فإن كان يعلم أنه لا يستطيع العدل بينهن أو يخشى أن لا يعدل بينهن فلا يجوز له أن يتزوج غير امرأة واحدة ، وإذا كان يعلم أنه يستطيع العدل بينهن فليس له أن يجمع بين أكثر من أربع نسوة ، وذلك قوله تعالى : « فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة » [النساء : ٣] .

وقد سايرت الشريعة الإسلامية منطقها الخاص ، وسايرت الطبيعة البشرية ، وجاءت متفقة مع الغرض من الزواج حينما قررت إباحة تعدد الزوجات .

فأما أن الشريعة قد سايرت منطقها الخاص فذلك أن الشريعة تحرم الزنا تحريماً كلياً وتعاقب عليه أشد العقاب حتى انها لتعاقب الزاني المحصن بالرجم (أي القتل رميا بالحجارة) فوجب أن لا تحرم الزنا على الناس من وجه وتدفعهم إلى الزنا من وجه آخر ، ولا شك أن تحريم تعدد الزوجات يدفع الناس الى الزنا ، ذلك أن عدد النساء في العالم يزيد على عدد الرجال ، ويزداد الفرق بينهما كلما نشبت الحروب وتعددت ، فتحريم الزواج إلا من

واحدة يؤدي الى بقاء عدد كبير من النساء دون زواج وحرمان المرأة من الزواج مع استعدادها له معناه أن تجاهد المرأة طبيعتها ، وهو جهاد ينتهي غالباً بالفشل والاستسلام وإباحة الأعراض والرضا بالسفاح ، وكذلك فإن الرجل والمرأة يختلفان من حيث استعدادهما للعملية الجنسية ، فالمرأة ليست مستعدة في كل وقت لغشيان الرجل إياها لأنها تحيض كل شهر أسبوعا في المتوسط ، وقد تصل أيام الحيض الى أسبوعين ، وغشيانها محرم في المحيض. ولأنها عندما تلد يحرم غشيانها مدة النفاس وهي أربعون يوماً تقريبا . كذلك فإن استعداد المرأة يضعف طول مدة الحمل أو على الأقل مدة الإثقال بالحمل، أما الرجل فاستعداده واحد لا يختلف باختلاف أيام الشهر والسنة ، فإذا حرم على الرجل أكثر من واحدة كان معنى ذلك حمل الكثيرين على الزنا ، لأنهم لا يستطيعون أن يكبتوا غرائزهم الجنسية أيام الحيض والنفاس والإثقال بالحمل ــ ٥٣ ــ .

وأما أن الشريعة الإسلامية سايرت طبائع البشر في إباحة تعدد الزوجات فإنها قدرت قوة الغرائز الجنسية حق قدرها ، فلم تعرض الرجل أو المرأة لا متحان إن نجح فيه العشرات سقط المئات ، ولم تفرض على الرجل أن يتزوج واحدة فقط حتى لا تحكم على بعض النساء بالبقاء عوانس مدى الحياة ، يتمنين الرجل فلا يحصلن عليه ويحلمن بالأولاد والأسرة ولا سبيل إلى تحقيق حلمهن ، ويقاومن الغرائز الجنسية فلا تعود عليهن المقاومة الا بضعف الصحة والعقل وخسارة الشرف والعفة ، ولم تفرض الشريعة على

---

٥٣ ــ أو ايام مرض الزوجة وعدم تمكنها من العلاقات الجنسية أو في ظرف برودة الزوجة جنسياً وعدم تمكنها من اشباع غريزة الزوج أو في حالات عقم الزوجة ورغبة الزوج في الذرية .

الرجل أن يتزوج واحدة فقط حتى لا تعرضه للوقوع تحت سيطرة الغرائز الجنسية في فترات الحيض والنفاس أو غيرها من الفترات التي يضعف فيها استعداد المرأة للاستجابة ، لأن الرجل في الغالب يخضع لسلطان الغريزة أكثر مما يخضع لسلطان العقل ، شأنه في ذلك شأن المرأة ، وإن كانت طبيعة المرأة تساعدها على كبت غريزتها أكثر مما يستطيع الرجل ــ ٥٤ ــ •

وأما أن حكم الشريعة في إباحة التعدد جاء متفقاً مع الغرض من الزواج فالأصل أن الغرائز الجنسية ركبت في الرجل والمرأة لحفظ النوع ، وأن الزواج شرع للتناسل وتكوين الأسرة ، فإذا تزوج الرجل امرأة عقيما ولم يبح له أن يتزوج غيرها فقد تعطلت وظائفه الجنسية عن أداء الغرض الذي خلقت له ، وتعطل الغرض من الزواج نفسه ، كذلك فإن قدرة الزوج على التناسل غير محدودة أما قدرة المرأة فلها حد لا تتعداه ؛ فالرجل يستطيع أن ينجب أولاداً حتى يبلغ الستين أو السبعين في المتوسط وهو في الغالب أقصى عمره ، أما المرأة فتنعدم قدرتها على التناسل فيما بين الأربعين والخمسين ، فلو حرم على الرجل أن يتزوج أكثر من واحدة لكان معنى ذلك تعطيل وظيفته التناسلية حوالي نصف المدة التي يستطيع فيها أن يؤدي هذه الوظيفة•

هذه هي نظرية الشريعة في إباحة تعدد الزوجات قررتها لدفع الضرر ورفع الحرج ، ولتحقيق المساواة بين النساء ولرفع مستوى الأخلاق ، وظاهر من النص الذي قررها أنه نص عام إلى آخر حدود العموم ، "مرن" الى آخر حد من المرونة وهذا ما جعله محتفظاً بصلاحيته التي كانت له من ثلاثة عشر

---

٥٤ ــ وحفظت الشريعة حق الزوجة الاولى بايجاب العدل على الزوج والزام الزوج بالقيام بحقوق جميع زوجاته من انفاق وفراش •

قرناً ، وما سيجعله محتفظا بهذه الصلاحية إلى ما شاء الله •

ولم تأت الشريعة بهذا النص لتساير به حال الجماعة ، فقد كان العرب يجيزون تعدد الزوجات إلى غير حد • ولم يكونوا يستسيغون تحديد عدد الزوجات ، وقد اضطر الكثيرون منهم بعد نزول النص الى إبقاء أربعة فقط من أزواجهن وتطليق الباقيات ، لكن الشريعة جاءت بهذا النص لترفع به مستوى الجماعة ، ولأن وجوده ضروري في شريعة دائمة كاملة لا تقبل التغيير والتبديل •

ونظرية الشريعة في تعدد الزوجات من النظريات التي لم تعترف بها القوانين الوضعية حتى الآن . بل كانت هذه النظرية قديما مدعاة لتندر الأوربيين واستهجانهم ، وأداة يستخدمونها في طعنهم على الإسلام ، أما اليوم فإن النظرية تجد لها في نفوس علمائهم ومصلحيهم مكاناً وفي صحفهم السيارة موضعاً ، ومن يدري ؟ لعل اليوم الذي تأخذ فيه القوانين الوضعية بهذه النظرية قد اقترب ، فإن الحرب العظمى التي وقعت سنة ١٩١٤ والحرب الأخيرة التي وقعت سنة ١٩٣٩ قد ساعدت كلاهما على تهيئة الأذهان لهذه النظرية ، حيث قتل في كل من الحربين عدد كثير من الرجال وترمل عدد كبير من النساء وزاد عدد النساء على عدد الرجال زيادة ظاهرة •

والحق أن الحروب لم تكن هي الدافع الوحيد الذي حمل الأوربيين على التفكير في إباحة تعدد الزوجات ، وانما حملهم على ذلك أسباب أخرى متعددة منها انتشار المخالة بحيث أصبح لكل رجل عدد من الخليلات يشاركن زوجته في رجولته وعطفه وماله ، بل قد يكون لإحداهن في هذه أكثر من نصيب زوجته ، ومنها شيوع الزنا وما يترتب عليه من جنايات أقلها كثرة أبناء السفاح الذين يقذف بهم الى الشوارع خوف العار ، وقتل الأجنة في بطون أمهاتها ، ومنها الزيادة الطبيعية في عدد النساء وحاجة هؤلاء إلى أن

يكنّ زوجات وأمهات . ومنها قلة النسل قلة ظاهرة في الشعوب الأوربية ، فهذه الأسباب مجتمعة مع غيرها دعت الناس إلى أن يفكروا في اباحة تعدد الزوجات باعتباره العلاج الطبيعي لهذه الظواهر والأمراض الاجتماعية الخطيرة .

٣٢ ـ نظريات في الاثبات والتعاقد :

وهذه مجموعة من النظريات التي جاءت بها الشريعة الإسلامية نعرضها تحت عنوان واحد ، لأن القرآن جاء بها جميعاً في آية واحدة هي آية الدين ، ولأن بعضها يتصل ببعض آخر اتصالا وثيقاً ، ولأننا سنتكلم عليها فقط بالقدر الذي يبرز فيها مميزات الشريعة .

وآية الدين التي نعنيها هي قول الله جل شأنه « يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدَيْنٍ الى أجلٍ مُسَمىً فاكْتُبُوهُ ، ولْيكتبْ بينكم كاتبٌ بالعدلِ ، ولا يأْبَ كاتب أن يكتبَ كما علَّمَه اللهُ فليكتبْ ، ولْيُمْلِلِ الذي عليه الحقُّ ، ولْيَتَّقِ اللهَ ربه ولا يَبْخَسْ مِنْه شيئا ، فإن كان الذي عليه الحقُّ ، سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيعُ أنْ يُمِلَّ هُو فلْيُمْلِلْ ولِيُّهُ بالعَدْلِ ، واستَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ من رجالكم فإن لم يكونا رجلَيْنِ فرجلٌ وامرأتانِ ممن ترضَوْنَ من الشهداءِ أن تضِلَّ إحداهما فتذكّرَ احداهما الأُخرى ولا يأْبَ الشهداءُ اذا ما دُعُوا ولا تسأموا أنْ تكتبوهُ صغيراً أو كبيراً إلى أجَلهِ ذلِكم أقسطُ عِند اللهِ وأقوَمُ للشَّهادَةِ وَأدْنَى ألاَّ ترتابوا إلاَّ أنْ تكون تجارةً حاضرةً تديرونها بينكم فليس عليكم جناح ألاَّ تكتبوها ، وأشهدُوا إذا تبايعتم ، ولا يضارَّ كاتب ولا شهيدٌ ، وإن تفعلوا فإنه فسوقٌ بكم واتَّقُوا الله

ويعلمكم الله والله بكلِّ شيءٍ عليم » [البقرة : ٢٨٢] .
ونص الآية يشمل عدداً من المبادىء التشريعية والنظريات الفقهية وسنبين أهمهما فيما يلي :

٢٣ - نظرية الاثبات الكتابة :

فرضت الشريعة الإسلامية الكتابة - ٥٥ - وسيلة لاثبات الدين المؤجل سواء كبرت قيمة الدين أو صغرت ، وذلك قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدينٍ الى أجلٍ مسمى فأكتبوه » وقوله : « ولا تسأموا أن تكتبوه صغيراً أو كبيراً إلى أجله » ويدخل تحت لفظ الدين كل التزام أيّاً كان نوعه . لأن الالتزام ليس إلا دينا في ذمة الملتزم للمتزم له ، فيدخل تحت لفظ الدين القرض والرهن والبيع بثمن مؤجل والتعهد بعمل وغير ذلك (١) .

أما التصرفات التي تتم في الحال فليس من الواجب كتابتها

---

(١) كذلك يمكن قياس أي التزام على الدين اذا احتفظ لكلمة الدين بمعنى القرض لان كليهما شيء مقوم التُزم بعد مضي أجل معين .

---

٥٥ - اختلفت آراء فقهاء المذهب الجعفري في الأمر بالكتابة المذكور في الآية المباركة فذهب قوم الى أن المراد منه الوجوب تمسكاً بظاهر الأمر فان الرأي السائد بين فقهاء المذهب الجعفري ان الأمر يحمل على الوجوب مالم تقم قرينة على ان المراد منه معنى آخر وذهب آخرون الى أن المراد منه الاستحباب للسيرة القطعية على عدم التزام الكتابة الكاشفة عن عدم الوجوب وذهب آخرون الى انه ارشاد لحكم العقل برجحان

ما دام كل متعاقد قد وفى بالتزاماته واستوفى حقوقه كمن يشتري شيئاً من آخر ويتسلمه ويسلمه الثمن في الحال ، ومثل هذه التصرفات يجوز إثباتها بغير الكتابة مهما بلغت قيمتها اذا أثبتت بأعتبارها وقائع لا بأعتبارها التزامات لأن الوقائع المادية يجوز إثباتها بكل طرق الإثبات .

وظاهر من النص الذي فرض الكتابة أنه نص عام ومرن الى حد بعيد ، وأنه يصلح للتطبيق اليوم كما كان صالحاً من ثلاثة عشر قرناً ، وكما سيكون صالحا للمستقبل البعيد ، وهذه إحدى مميزات الشريعة التي هيأتها لتكون غير قابلة للتعديل والتبديل .

ويوم نزل هذا النص على رسول الله صلى الله عليه وسلم كان العرب أميين يعيشون في أعماق البادية وفي خشونة من العيش ، وأمثال هؤلاء تقل بينهم المعاملات بحيث لا تحتاج إلى تشريع خاص ، ولو ان الشريعة كانت كالقانون تأتي على قدر حاجة الناس لما جاء بها شيء خاص بإثبات الإلتزامات،

الكتابة ، كما اختلف في حكم الكتابة والأشهاد المذكور في الآية المباركة بقية علماء المسلمين واليك ما ذكره الفخر الرازي في تفسيره الكبير حيث قال : « فقد أختلفوا فيه فقال قوم بالوجوب وهو مذهب عطاء وابن جريح والنخعي ، واختيار محمد بن جرير الطبري ، وقال النخعي يشهد ولو على دستجة بقل . وقال آخرون هذا الأمر محمول على الندب ، وعلى هذا جمهور الفقهاء المجتهدين ، والدليل عليه أنا نرى جمهور المسلمين في جميع ديار الاسلام يبيعون بالأثمان المؤجلة من غير كتابة ولا إشهاد ، وذلك اجماع على عدم وجوبهما ولأن في ايجابهما اعظم التشديد على المسلمين والنبي (ص) يقول بعثت بالحنيفية السهلة السمحة .

أو لجاء بها من الأحكام ما يتفق مع أمية العرب وجهالتهم ، أما ان تجيء الشريعة على هذا الوجه تفرض على الأميين كتابة الصغير والكبير فذلك هو السمو الذي تتميز به الشريعة الكاملة الدائمة .

فرضت الشريعة الإسلامية الكتابة بين الأميين لتحملهم على أن يتعلموا فتتسع مداركهم وتتثقف عقولهم ، ويحسنوا فهم هذه الحياة الدنيا فيصبحوا ـ وقد تعلموا ـ أهلا لمنافسة الأمم الأخرى وللتفوق والسيطرة عليها ، وهذه أغراض اجتماعية وسياسية بحتة ، أما الغرض القانوني فهو حفظ الحقوق وإقامة الشهادات والابتعاد عن الريب والشكوك .

فالشريعة حين أوجبت الكتابة في الصغير والكبير جاءتنا بنظرية عظيمة ذات وجوه سياسية واجتماعية وقانونية . وهذه النظرية التي نزل بها القرآن على الرسول في القرن السابع الميلادي هي من أحدث النظريات في القوانين الوضعية وفي المذاهب الاجتماعية الحديثة . فالدول قد بدأت من أواخر القرن التاسع عشر وأوائل القرن الحالي تفرض على شعوبها أن يتعلموا تعليماً إجبارياً رجالا ونساء . وهذا الذي تفرضه الدول على الشعوب انما هو تطبيق للنظرية الإسلامية في ناحيتها السياسية والاجتماعية . وقد بدأت الدول تأخذ بالناحية القانونية من النظرية في أواخر القرن الثامن عشر وأوائل القرن التاسع عشر حين اشترط القانون الفرنسي الذي أخذت عنه القوانين الأوربية أن يكون الدين مكتوباً إذا زاد عن مقدار معين ، ولكن شراح القانون رأوا أن نظرية الإثبات بالكتابة تكون أكمل وأكثر توفيقاً لو اشترطت الكتابة في الصغير والكبير وظلوا ينادون برأيهم هذا حتى حققته أخيراً بعض دول أوروبا ، ولا يزال الشراح في الدول الأخرى ينادون به ويأملون تحقيقه . وإذن فأحدث نظريات الإثبات في عصرنا الحاضر هي نظرية الشريعة الاسلامية

نفسها التي أخذت بها بعض القوانين الوضعية وما يزال الشراح في بعض الدول يطالبون دولهم أن تأخذ بها .

٢٤ ـ نظرية اثبات الدين التجاري :

اشترطت الشريعة ـ كما بينا الكتابة لإثبات الدين سواء كان الدين صغيراً أو كبيراً ، ولكنها استثنت من هذا المبدأ العام الدين التجاري [١] وأباحت إثباته بغير الكتابة من طرق الإثبات وذلك قوله تعالى : « إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فليس عليكم جناح ألا تكتبوها » والعلة في استثناء الديون التجارية من شرط الكتابة ـ٥٧ـ أن الصفقات التجارية تقتضي السرعة ولا تحتمل الانتظار ، ولأن المعاملات التجارية أكثر عدداً وتكراراً وتنوعاً ، فاشتراط الكتابة فيها يؤدي الى الحرج وقد يضيع فرصة الكسب على المشتري أو يعرض البائع للخسارة ، ومن أجل هذا لم تقيد الشريعة المعاملات التجارية بما قيدت به المعاملات المدنية من اشتراط الكتابة .

والنص المقرر لهذه النظرية عام و"مرن" إلى آخر الحدود بحيث لايحتاج على "مر" الأزمان تعديلا أو تبديلا ، وليس أدل على ذلك من صلاحيته لوقتنا الحاضر مع أنه نزل منذ أكثر من ثلاثة عشر قرناً .

ومن يعرف شيئاً عن تاريخ العرب وحالهم وقت نزول النص يعلم أن النص لم ينزل لمجاراة الجماعة أو تمشياً مع ما وصلت إليه ، وانما كان نزول

(١) استثنت الشريعة أيضا من الاثبات بالكتابة حالة الضرورة وذلك قوله تعالى (وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة فان أمن بعضكم بعضا فليؤد الذي أؤتمن أمانته) .

٥٧ ـ وان قلنا بوجوب كتابة سواها .

النص ضرورة لتكميل الشريعة الدائمة الكاملة ولرفع مستوى الجماعة وتوجيههم الوجهة الصالحة .

وليس أدل على سمو الشريعة وكمالها من أن نظرياتها في إثبات الدين التجاري هي النظرية نفسها السائدة اليوم في القوانين الوضعية الحديثة ، وأنها تعتبر أحدث ما وصل إليه القانون الوضعي في عصرنا الحاضر .

٣٥ ـ نظرية حق الملتزم فى املاء العقد :

جاءت الشريعة الإسلامية بمبدأ عام أوجبته في كتابة العقود هو أن يملي العقد الشخص الذي عليه الحق أو بمعنى آخر أضعف الطرفين ، والمقصود من هذا المبدأ العام هو حماية الضعيف من القوي ، فكثيراً ما يستغل القوي مركزه فيشترط على الضعيف شروطاً قاسية ، فإن كان دائنا مثلا قسا على المدين ، وإن كان صاحب عمل سلب العامل كل حق واحتفظ لنفسه بكل حق، ولا يستطيع المدين أو العامل أن يشترطا لنفسيهما أو يحتفظا بحقوقهما لضعفهما ، فجاءت الشريعة وجعلت إملاء العقد للطرف الضعيف لتحفظ به حقوقه ، ولتحميه من التورط ، ولتكون شروط العقد معلومة له حق العلم ، وليقدر ما التزم به حق قدره .

وهذه الحالة التي عالجتها الشريعة من يوم نزولها هي من أهم المشاكل القانونية في عصرنا الحاضر وقد برزت في أوربا في القرن الماضي على أثر نمو النهضة الصناعية وتعدد الشركات وكثرة العمال وأرباب الأعمال ، وكان أظهر صور المشكلة أن يستغل رب العمل حاجة العامل إلى العمل أو حاجة الجمهور الى منتجاته فيفرض على العامل أو على المستهلك شروطاً قاسية يتقبلها العامل أو المستهلك وهو صاغر ، إذ يقدم عقد العمل أو عقد الاستهلاك

مكتوباً مطبوعا فيوقعه تحت تأثير حاجته للعمل او حاجته للسلعة ، بينما العقد يعطي لصاحب العمل كل الحقوق ويرتب على العامل أو المستهلك كل التبعات .

ذلك العقد الذي نسميه اليوم في اصطلاحنا القانوني « عقد الإذعان » .

وقد حاولت القوانين الوضعية أن تحل هـذا المشكل ، فاستطاعت أن تحله بين المنتج والمستهلك بفرض شروط تحمي المستهلك من المنتج ، وبتعيين سعر السلعة ، ولكنها لم تستطع أن تحل إلا بعض نواحي المشكلة بين أصحاب العمل والعمال ، مثل إصابات العمال والتعويضات التي يستحقها العامل اذا أصيب أو طرد من عمله ؛ لأن التدخل بين صاحب العمل والعامل في كل شروط العمل مما يضر بسير العمل والإنتاج ، وبقيت من المشكلة نواح مهمة كأجر العامل وساعات العمل ومدة الإجازات وغيرها ، يحاول العمال من ناحيتهم حلها بتأليف النقابات والاتحادات وتنظيم الإضرابات ، ويرى العمال أن حل مشاكلهم لن يتأتى إلا اذا كان لهم حق املاء شروط عقد العمل ، ويظاهرهم على ذلك بعض المفكرين والكتاب ، فهذا الحق الذي يطالب به العمال في كل أنحاء العالم والذي أضرب العمال من أجله وهددوا السلم والنظام في دول كثيرة في سبيل تحقيقه ، هذا الحق الذي حقق القانون الوضعي بعضه ولم يحقق بعضه الآخر والذي يأمل العمال أن يتحقق كله إن قريباً أو بعيداً ، هذا الحق قررته الشريعة الإسلامية كاملا للضعفاء على الأقوياء وللملتزمين على الملتزم لهم وجاء به القرآن في آية الدين « وَلْيُمْلِلِ الذي عليه الحقُّ وليتق اللهَ ربهُ ولا يبخس منه شيئاً ، فإن كان الذي عليه الحقُّ سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يُمِلَّ هو فليملل وليُّهُ بالعدل » .

وظاهر أن صيغة النص بلغت من العموم والمرونة كل مبلغ .

وهذا هو الذي جعل الشريعة تمتاز بأنها لا تقبل التغيير والتبديل .

ووجود هذا النص في الشريعة دليل بذاته على سموّها وكمالها ورقيها وعدالتها فقد جاءت به منذ أكثر من ثلاثة عشر قرناً ، بينما القوانين الوضعية لم تصل إلى تقرير مثله حتى الآن مع ما يدعى لها من الرقي والسمو .

٣٦ ـ نظرية تحريم الامتناع عن تحمل الشهادات :

حرمت الشريعة على الإنسان أن يدعى للشهادة فيمتنع عنها ، أو أن يشهد واقعة فيكتمها ، او يذكرها على غير حقيقتها ، وقد نص على الحالة الأولى في آية الدين في قوله تعالى : « ولا يأب الشهداءُ إذا ما دُعوا » والمقصود إباؤهم حينما يدعون ليشهدوا تصرفاً مّا أو واقعة معينة ، فالنص جاء خاصاً بتحمل الشهادة وليس خاصاً بأدائها . أما الحالتان الثانية والثالثة فقد نص عليهما في قوله تعالى : « ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه » [البقرة : ٢٨٣] وفي قوله : « يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداءَ لِله ولو على أنفسكم أوِ الوالدين والأقربين إن يكن غنياً أو فقيراً فاللهُ أولى بهما فلا تتبعوا الهوى أن تعدلوا وإن تلوُوا أو تعرضوا فإنّ اللهَ كان بما تعملون خبيراً » [النساء : ١٣٥] والنصان الأخيران خاصان بتحريم كتمان الشهادة أو الامتناع عن أدائها وبتحريم شهادة الزور .

والقوانين الوضعية اليوم تأخذ بنظرية الشريعة في تحريم شهادات الزور أو كتمان الشهادة ، ولكنها لم تصل بَعْدُ إلى تحريم الامتناع عن تحمل الشهادة ، ولا شك أن الشريعة تتفوق على القوانين الوضعية من هذه الوجهة . فإن المصلحة العامة تقضي بالتعاون على حفظ الحقوق وبتسهيل المعاملات بين الناس ، والامتناع عن تحمل الشهادة يفضي الى تضييع الحقوق ،

ويؤدي إلى تعقيد المعاملات وبطئها وهناك عقود لابد فيها من حضور الشهود كعقد الزواج — ٥٨ — .

فإذا كان الامتناع عن تحمل الشهادات مباحا تعطلت هذه العقود .

ومن ير النصوص التي جاءت في تحريم الامتناع عن تحمل الشهادة أو في تحريم كتمانها أو تغييرها يعلم مدى ما بلغته هذه النصوص من العموم والمرونة ويفهم العلة في أن الشريعة لا تقبل التعديل أو التبديل .

ومن يقارن الشريعة الإسلامية بالقوانين الوضعية يعلم مدى ما وصلت إليه الشريعة من السمو والكمال . ويتبين أن نصوص الشريعة لم ترد مسايرة لحال الجماعة وإنما وردت لتكمل الشريعة بما تحتاج اليه الشريعة الكاملة الدائمة . ولترفع مستوى الجماعة حتى تقترب من مستوى الشريعة الكامل .

٢٧ — أحكام أخرى في آية الدين :

هذه أربع نظريات جاءت بها آية واحدة من القرآن هي آية الدين اخذت القوانين الوضعية الحديثة باثنين منها وبدأت تأخذ بالثالثة ولم تأخذ بعد بالرابعة ، وليست هذه النظريات الأربع هي كل أحكام آية الدين ، وإنما هي بعض أحكامها ، فالآية تشترط أن يكون الكاتب محايداً عدلا عالماً بأحكام الشريعة فيما يكتبه ، وتوجب عليه أن لا يمتنع عن الكتابة وتشترط أن يشهد على سند الدين رجلان أو رجل وامرأتان ، وتوجب عدم الإضرار بالكتاب أو الشاهد . وهذه كلها مبادىء عامة لا نستطيع أن نستعرضها جميعاً في هذا الكتاب الذي خصصناه للمبادىء العامة الجنائية وإذا كنا قد تكلمنا على نظريات دستورية واجتماعية وإدارية ومدنية فإنما قصدنا من ذلك أن

---

٥٨ — وقد بينا آراء فقهاء المسلمين سابقا فراجع .

نبين أن نصوص الشريعة في كل ما جاءت فيه تتميز بالكمال والسمو والدوام حتى لا يظن بعضهم أن هذه المميزات تتوفر في قسم دون آخر من الشريعة —٩

٣٨ ـ تذكـــــير :

وقبل أن أنتقل إلى موضوع البحث أحب أن أقول للمسلمين الذين يعتقدون ـ خطأ ـ أن الشريعة الإسلامية لا تصلح للتطبيق في عصرنا الحاضر أحب أن أقول لهؤلاء إن هذه العقيدة لا تتفق مع عقيدة الإسلام الذي يدّعونه ويحرصون على التمسك به . وأن عليهم أن يذكروا قوله تعالى : « أفتؤمنونَ ببعض الكتابِ وتكفرونَ ببعض فما جزاءُ مَنْ يفعل ذلك

---

٥٩ ـ الرأي السائد بين فقهاء المذهب الجعفري عدم إشتراط الشهادة في عقد الزواج ووافقهم على ذلك أبو ثور وجماعة من فقهاء المسلمين . ويكفي دليلاً على عدم إشتراط الشهادة اطلاق الأدلة غير المقيدة بالشهادة مع ضعف ما أستدل به على إشتراطها فقد استدل على ذلك أولا بما جاء عن ابن عباس من أنه قال : « لانكاح إلا بشاهدي عدل و ولي مرشد » ، ولكن هذه الرواية لا يمكن اعتمادها لأن ابن عباس لم يرفعها الى النبي (ص) فلعلها من فتاواه فلا تكون حجة على غيره من الفقهاء مع أن الخبر ضعيف السند لما ذكره ابن رشد في كتابه بداية المجتهد عن الدار قطني من أن في سنده مجاهيل • أما ما أستدل به ثانياً وهو ما روي عن النبي (ص) أنه قال : « اعلنوا هذا النكاح وأضربوا عليه بالدفوف » فلا يمكن الاستدلال به للوجوب ، ولو ثبت اعتبار الرواية ، لأن الأعلان غير الاشهاد ولان الامر بضرب الدفوف ليس للوجوب قطعاً فلا يبقى في الأمر بالأعلان ظهور في الوجوب •

منكم إلا خزي في الحياة الدنيا ويوم القيامة يردون الى أشد العذاب وما الله بغافل عما تعملون » [البقرة : ٨٥] وليعلم هؤلاء أن سبب تأخرنا وانحطاطنا هو أننا لم نطبق الشريعة تطبيقاً عادلا ولا كاملا في عهودنا المظلمة المتأخرة . وأن حكامنا من الأتراك والمماليك كانوا يحكمون هواهم في كل ما يهتمون به ، ويحكمون الشريعة فيما لا يضرهم ولا ينفعهم . وإذا كان سبب تأخرنا هو إهمال الشريعة وترك أحكامها فلن يجدينا الأخذ بالقوانين شيئاً . بل سيزيدنا تأخراً على تأخر وانحطاطاً على انحطاط . وانما علاجنا المجدي هو القضاء على سبب التأخر والعودة لأحكام الشريعة .

لقد طبق آباؤنا بعض أحكام الشريعة دون بعضها الآخر ، وآمنوا ببعض الكتاب وكفروا ببعضه ، فصدقهم الله وعده — إن وعد الله حق — وأخزاهم في الحياة الدنيا ، وجئنا نحن على آثارهم نتبعهم ونؤمن إيمانهم فأخزانا الله كما أخزاهم ، وسلط علينا كما سلط عليهم ، وجعلنا عبرة لأولى الألباب . ولن يغير الله ما بنا حتى نغير ما بأنفسنا وقلوبنا ونؤمن بالكتاب كله . ذلك وعد الله ، والله يقول الحق وقد قال : « إنَّ اللهَ لا يغيِّرُ ما بقومٍ حتى يغيِّروا ما بأنفسِهِمْ » [الرعد : ٢٦] .

لقد آمن المسلمون الأوائل وحسن إيمانهم فمكَّن الله لهم في الأرض ، وان الذي مكن لهم على قلتهم وضعفهم قادر أن يمكن لنا في الأرض إذا آمنا وحسن إيماننا ، ذلك وعد الله لعباده في قوله : « وعد الله الذين آمنوا منكم وعملوا الصالحات لَيَسْتَخْلِفَنَّهُمْ في الأرض كما استخلَفَ الذين من قبلهم » [النور : ٥٥] وذلك وعده لمن اتبع كتابه وتمسك بشريعته حيث يقول جل شأنه : « قد جاءكم من الله نور وكتاب مبين يهدي به الله مَنِ اتَّبَعَ رضوانه سُبُلَ السلامِ ويُخرجُهم من الظلمات إلى النورِ بإذنه ويهديهم إلى صراطٍ مستقيمٍ » [المائدة : ١٦] .

منهج البحث

٣٩ — سنتناول في هذا البحث القسم العام الجنائي في الشريعة .

والكلام على هذا القسم يقتضي الكلام عن موضوعين ، أولهما الجريمة، وثانيها العقوبة ومن ثم رأينا أن نخصص لكل منهما كتابا خاصاً .

ولما كان الكلام على الجريمة يقتضي تناول الجريمة بصفة عامة ثم تناول أركانها ، فقد رأينا أن نجعل الكتاب الأول قسمين :

أولهما خاص بالجريمة بصفة عامة .

والثاني خاص بأركانها .

وكل قسم يشتمل على أبواب وفصول ومباحث بقدر ما يقتضيه الحال .

أما الكلام على العقوبة فيشمل الكلام على ماهية العقوبة ، والمبادىء التي يقوم عليها العقاب ، وأقسام العقوبات وأنواعها ، وتعدد العقوبات ، وتنفيذها والقيود ، وسقوط العقوبات .

وسنخصص لكل حالة من هذه الحالات باباً خاصاً .

الكتاب الاول

في

الجريمة

بسم الله الرحمن الرحيم

القسم الاول
من
الكتاب الاول

• ٤ ــ سنتكلم في هذا القسم على موضوعين : أولهما ماهية الجريمة، وثانيهما أنواع الجريمة . وسنخصص لكل موضوع من هذين الموضوعين باباً خاصا •

الباب الاول

ماهية الجريمة

٤١ ــ تعريف الجريمة :

تعرف الجرائم في الشريعة الإسلامية بأنها محظورات شرعية ــ ١ ــ زجر الله عنها بحد أو تعزير [1] • والمحظورات هي : اما اتيان فعل منهى عنه،

(١) الأحكام السلطانية للماوردي ص ١٩٢ .

١ ــ المخطورات في مفهومها اللغوي والاصطلاحي لدى فقهاء المذهب الجعفري تعني الافعال المحرمة ، فالمخطور هو الأتيان بالمحرم ، واما ترك الواجب فلا يصح إدراجه في المحظورات ، لأنه ليس حراماً ، والتوهم الشائع القائل بأن ترك كل واجب حرام وترك كل حرام واجب لا أساس له لدى التحليل العلمي ، لأن الواجب هو ما أمر به الشارع لمصلحة

ترك فعل مأمور به . وقد وصفت المحظورات بأنها شرعية . اشارة الى آنه ملزمة . والحرام هو ما نهى عنه لاجل مفسدة شديدة فيه ، وليس من الضروري ان يكون في ترك الواجب مفسدة ، بل قد لا يعني أكثر من تضييع المصلحة المنطوية في الفعل المحرم ، وعلى هذا الاساس ، يتضح ان ترك الواجب ليس حراماً ، وهو بالتالي ليس محظورا ، ويصبح من الضروري ان نعطي للجريمة مفهوماً اوسع مما تدل عليه كلمة (المحظور) وهذا المفهوم الاوسع هو الذنب ، فان الجريمة هي الذنب، وكما أن فعل الحرام ذنب كذلك ترك الواجب فانه ذنب شرعي أيضاً .

ولفظ الجريمة في العرف الفقهي تطلق كثيراً على الذنوب التي وضع عليها عقاب معين شرعا ، كالزنا وشرب الخمر ، ولكن هذا لا يكفي للتدليل على ان فقهائنا وضعوا للفظ الجريمة معنى خاصا في حدود اصطلاحهم ، وانهم عدلوا عن مفهومه العام الذي يتناول جميع الذنوب، ما وضع عليه عقاب منهـا وما لم يوضع ، بل من الجائز أن يكون استعمال لفظ الجريمة في الزنا وشرب الخمر ونظائرهما بسبب تطبيق المفهوم اللغوي العام عليها ، وعلى هذا فيمكن أن نقول ان الجريمة في عرف فقهائنا هي الذنب بصورة عامة ، كما هو معناها الحقيقي .

واما الذنب الذي وضع الشارع له عقابا دنيوياً معينا فهو يختص عن سائر الذنوب بلفظ **الجناية** ، وبذلك يظهر أن الجناية اخص انطباقاً من الجريمة . فالجريمة هي الذنب . أي ذنب كان ، والجناية لدى فقهائنا هي الذنب او الجرم الذي يوجب العقاب والقصاص .

وكثيراً ما تطلق في كلماتهم على معنى اضيق دائرة من ذلك أيضا وهو الجرح والقطع فتلخص ان وضع العقاب شرعاً على الذنب مقوم أساس

يجب في الجريمة أن تحظرها الشريعة ٠

فالجريمة اذن هي اتيان فعل محرم معاقب على فعله ، أو ترك فعل محرم الترك معاقب على تركه ، أو هي فعل أو ترك نصت الشريعة على تحريمه والعقاب عليه ٠

ويتبين من تعريف الجريمة أن الفعل او الترك لا يعتبر جريمة الا اذا تقررت عليه عقوبة ٠ ويعبر الفقهاء عن العقوبات بالاجزية ، ومفردها جزاء . فإن لم تكن على الفعل أو الترك عقوبة فليس بجريمة ٠

وتتفق الشريعة تمام الاتفاق مع القوانين الوضعية الحديثة في تعريف الجريمة ، فهذه القوانين تعرف الجريمة بأنها اما عمل يحرمه القانون ، واما امتناع عن عمل يقضي به القانون ، ولا يعتبر الفعل أو الترك جريمة في نظر القوانين الوضعية الا اذا كان معاقباً عليه طبقا للتشريع الجنائي (١) ٠

٤٢ ـ الجريمة والجناية :

وكثيراً ما يعبر الفقهاء عن الجريمة بلفظ الجناية ، والجناية لغة : اسم لما يجنيه المرء من شر وما اكتسبه ، تسمية بالمصدر من جنى عليه شرا . وهو عام ، إلا أنه خص بما يحرم دون غيره ـ أما في الاصطلاح الفقهي فالجناية :

(١) الأحكام العامة فى القانون الجنائي لعلي بك بدوي جزء أول ص ٣٩ ـ الموسوعة الجنائية جزء ثالث ص ٦ .

لمفهوم الجناية دون الجريمة ٠

والعقاب الموضوع على الجنايات قسمان في المصطلح الفقهي فهو أما حد او تعزير ، فالحد هو ما نص عليه في الكتاب والسنة ، واما التعزير فهو كل عقاب اوكلت الشريعة الاسلامية الى الحاكم تحديده وتعيينه ٠

اسم لفعل محرم شرعا ، سواء وقع الفعل على نفس أو مال أو غير ذلك • لكن أكثر الفقهاء تعارفوا على اطلاق لفظ الجناية على الأفعال الواقعة على نفس الإنسان أو أطرافه ، وهي القتل والجرح والضرب والاجهاض [٢] بينما يطلق بعضهم لفظ الجناية على جرائم الحدود والقصاص [٣] •

واذا غضضنا النظر عما تعارف عليه الفقهاء من اطلاق لفظ الجناية على بعض الجرائم دون بعض آخر ، أمكننا أن نقول : ان لفظ الجناية في الاصطلاح الفقهي مرادف للفظ الجريمة •

ويختلف معنى الجناية الاصطلاحي في القانون المصري عنه في الشريعة ، ففي القانون المصري يعتبر الفعل جناية اذا كان معاقبا عليه بالإعدام أو الاشغال الشاقة المؤبدة أو الاشغال الشاقة المؤقتة أو السجن ، طبقا للمادة العاشرة من قانون العقوبات المصري ، فاذا كانت عقوبة الفعل حبسا يزيد على أسبوع ، أو غرامة تزيد على مائة قرش ، فالفعل جنحة ، فان لم يزد الحبس على أسبوع ، او الغرامة عن مائة قرش ، فالفعل مخالفة ، طبقا للمادتين ١١،١٢ من قانون العقوبات المصري •

أما في الشريعة فكل جريمة هي جناية . سواء عوقب عليها بالحبس والغرامة أم بأشد منهما ، وعلى ذلك فالمخالفة القانونية تعتبر جناية في الشريعة، والجنحة تعتبر جناية ، والجناية في القانون تعتبر جناية في الشريعة أيضا •

وأساس الخلاف بين الشريعة والقانون هو أن الجناية في الشريعة تعني الجريمة أيا كانت درجة الفعل من الجسامة ، أما الجناية في القانون فتعني الجريمة الجسيمة دون غيرها •

---

(٢) البحر الرائق الجزء الثامن ص ٢٨٦ والزيلعي الجزء السادس ص ٩٧

(٣) تبصرة الحكام الجزء الثاني ص ٢١٠ .

٤٢ — علة التحريم والعقاب :

والأفعال المعتبرة جرائم يؤمر بها أو ينهى عنها ، لأن في اتيانها أو في تركها ضرراً بنظام الجماعة أو عقائدها ، او بحياة أفرادها ، أو بأموالهم ، أو بأعراضهم ، أو بمشاعرهم ، أو بغير ذلك من شتى الاعتبارات التي تستوجب حال الجماعة صيانتها وعدم التفريط فيها .

وقد شرع العقاب على الجريمة لمنع الناس من اقترافها ، لأن النهي عن الفعل أو الأمر بإتيانه ، لا يكفي وحده لحمل الناس على اتيان الفعل أو الانتهاء عنه ، ولولا العقاب لكانت الأوامر والنواهي أموراً ضائعة وضربا من العبث . فالعقاب هو الذي يجعل للأمر والنهي معنى مفهوما ونتيجة مرجوة ، وهو الذي يزجر الناس عن الجرائم ، ويمنع الفساد في الأرض ، ويحمل الناس على الابتعاد عما يضرهم ، أو فعل ما فيه خيرهم وصلاحهم .

والعقوبات وان شرعت للمصلحة العامة فإنها ليست في ذاتها مصالح بل هي مفاسد . ولكن الشريعة أوجبتها لأنها تؤدي الى مصلحة الجماعة الحقيقية. والى صيانة هذه المصلحة . وربما كانت الجرائم مصالح ، ولكن الشريعة نهت عنها لا لكونها مصالح ، بل لأدائها الى المفاسد ، فالزنا وشرب الخمر والنصب واختلاس مال الغير وهجر الأسرة والامتناع عن اخراج الزكاة : كل ذلك قد يكون فيه مصلحة للأفراد . ولكنها مصالح ليس لها اعتبار في نظر الشارع . وقد نهى عنها لا لكونها مصالح ، بل لأنها تؤدي الى افساد الجماعة.

والأفعال التي هي مصلحة محضة أو مفسدة محضة قليلة جدا ، وأكثر الأفعال تختلط فيها المصالح والمفاسد ، والإنسان بطبعه يؤثر ما رجحت مصلحته على مفسدته . وينفر مما ترجح مفسدته على مصلحته ، ولكنه في اختياره ينظر لنفسه لا للجماعة ، فيؤثر ما فيه مصلحته ولو أضر بالجماعة ، وينفر

مما يراه مفسدة عليه ولو كان فيه مصلحة للجماعة . وقد شرعت العقوبات بما فيها من التهديد والوعيد والزجر ، علاجا لطبيعة الإنسان فإن الانسان اذا نظر الى مصلحته الخاصة وما يترتب عليها من العقوبات ، نفر منها بطبعه، لرجحان المفسدة على المصلحة . وكذلك اذا ما فكر في الواجب وما يجلبه عليه من المشاق ، فقد يدعوه ذلك لتركه ، لكنه اذا ذكر ما يترتب على الترك من عقوبة ، حمله ذلك على اتيـان الفعل ، والصبر على المكروه والمشقة . فالعقوبات مقررة لحمل الناس على ما يكرهون ما دام أنه يحقق مصلحة الجماعة ، ولصرفهم عما يشتهون ما دام أنه يؤدي الى افساد الجماعة . وهذا مصداق قوله عليه السلام : « حفت الجنة بالمكاره وحفت النار بالشهوات ».

ومن المسلم به أن هناك أناسا يفعلون الفعل لأنه مأمور به ، وينتهون عنه لأنه منهي عنه ، لا حذرا من العقوبة ، ولا خوفا من النكال ، ولكن حياء وخجلا أن يكونوا عاصين ، ومبادرة للطاعة ، وتحقيقا لمصلحة الجماعة ، ولكن أمثال هؤلاء قليلون جدا ، والأحكام تشرع للكثرة الغالبة ، لا لمثل هذه القلة النادرة .

وخلاصة ما تقدم : أن الشريعة الإسلامية اعتبرت بعض الافعال جرائم وعاقبت عليها ، لحفظ مصالح الجماعة . ولصيانة النظام الذي تقوم عليه الجماعة ، ولضمان بقاء الجماعة قوية متضامنة متخلقة بالاخلاق الفاضلة ، والله الذي شرع هذه الأحكام وأمر بها ، لا تضره معصية عاص ولو عصاه أهل الارض جميعا ، ولا تنفعه طاعة مطيع ولو أطاعه أهل الارض جميعا ، ولكنه كتب على نفسه الرحمة لعباده ، ولـم يرسل الرسل الا رحمة للعالمين ، لاستنقاذهم من الجهالة ، وارشادهم من الضلالة ، ولكفهم عن المعاصي ، وبعثهم على الطاعة .

٤٤ — الشريعة والقانون :

وتتفق الشريعة الإسلامية مع القوانين الوضعية في أن الغرض من تقرير الجرائم والعقاب عليها هو حفظ مصلحة الجماعة . وصيانة نظامها ، وضمان بقائها .

ولكن الشريعة — بالرغم من هذا الاتفاق الظاهر — تختلف عن القوانين الوضعية من وجهين :

٤٥ — الوجه الاول من الخلاف بين الشريعة والقانون :

تعتبر الشريعة الأخلاق الفاضلة أولى الدعائم التي يقوم عليها المجتمع ، ولهذا فهي تحرص على حماية الأخلاق وتتشدد في هذه الحماية بحيث تكاد تعاقب على كل الافعال التي تمس الأخلاق . أما القوانين الوضعية ، فتكاد تهمل المسائل الأخلاقية اهمالا تاما ، ولا تعنى بها الا اذا أصاب ضررها المباشر الافراد أو الأمن أو النظام العام ، فلا تعاقب القوانين الوضعية مثلا على ألزنا إلا اذا أكره أحد الطرفين الآخر ، أو كان الزنا بغير رضاه رضاء تاما ، لأن الزنا في هاتين الحالتين يمس ضرره المباشر الافراد كما يمس الأمن العام . أما الشريعة فتعاقب على الزنا في كل الأحوال والصور ، لأنها تعتبر الزنا جريمة تمس الأخلاق ، وإذا فسدت الأخلاق فقد فسدت الجماعة وأصابها الانحلال . وأكثر القوانين الوضعية لا تعاقب على شرب الخمر ، ولا تعاقب على السكر لذاته ، وإنما تعاقب السكران إذا وجد في الطريق العام في حالة سكر بَيّن ، فالعقاب على وجوده في حالة سكر بَيّن في الطريق العام ، لأن وجوده في هذه الحال يعرض الناس لأذاه واعتدائه ، وليس العقاب على السكر لذاته بأعتباره رذيلة ، ولا على شرب الخمر بأعتبار أن شربها مضر

بالصحة متلف للمال مفسد للأخلاق . أما الشريعة فتعاقب على مجرد شرب الخمر ولو لم يسكر منها الشارب لأنها تنظر الى الجريمة من الوجهة الخلقية التي تتسع كما نعلم لشتى المناحي والاعتبارات فإذا صينت الأخلاق فقد صينت الصحة والأعراض والأموال والدماء وحفظ الأمن والنظام .

والعلة في اهتمام الشريعة بالأخلاق على هذا الوجه ، أن الشريعة تقوم على الدين ، وأن الدين يأمر بمحاسن الأخلاق ، ويحث على الفضائل ، ويهدف الى تكوين الجماعة الصالحة الخيرة ، ولما كان الدين لا يقبل التغيير والتبديل، ولا الزيادة والنقص ، فمعنى ذلك أن الشريعة ستظل ما بقى الدين الإسلامي حريصة على حماية الأخلاق ، آخذة بالشدة من يحاول العبث بها .

والعلة في استهانة القوانين الوضعية بالاخلاق ، أن هذه القوانين لاتقوم على أساس من الدين ، وانما تقوم على أساس الواقع وما تعارف الناس عليه من عادات وتقاليد . والقواعد القانونية الوضعية يضعها عادة الأفراد الظاهرون في المجتمع بالاشتراك مع الحكام ، وهم يتأثرون حين وضعها بأهوائهم ، وضعفهم البشري ، ونزعاتهم الطبيعية الى التحلل من القيود . كذلك فإن هذه القواعد قابلة للتغيير والتبديل بحسب أهواء القائمين على أمر الجماعة . فكان من الطبيعي أن تهمل القوانين الوضعية المسائل الاخلاقية شيئا فشيئا ، وأن يأتي وقت تصبح فيه الإباحية هي القاعدة والأخلاق الفاضلة هي الاستثناء، ولعل البلاد التي تطبق القوانين الوضعية قد وصلت الى هذا الحد الآن .

ويترتب على هذا الفرق بين الشريعة والقوانين الوضعية ، أن يزيد عدد الأفعال التي تكون الجرائم الأخلاقية ، ويتسع مداها في البلاد التي تطبق الشريعة وأن يرتفع مستوى الأخلاق والقيم الروحية الى أعلى درجاته في هذه البلاد . أما البلاد التي تطبق القوانين الوضعية فإن مستوى الأخلاق فيها ينحط الى أدنى دركاته وترتفع القيم المادية بينما تنحط القيم الروحية ،

وتتفشى الإباحية البهيمية ، وتنكمش الانسانية ، وتقل الافعال التي تعتبر جرائم أخلاقية حتى لتكاد تنعدم .

٤٦ ــ الوجه الثاني من الخلاف بين الشريعة والقانون :

إن مصدر الشريعة الإسلامية هو الله ، لأنها تقوم على الدين ، والدين من عند الله ، أما مصدر القوانين الوضعية فهم البشر الذين يقومون بوضع هذه القوانين . ومن يراجع الجرائم والعقوبات في الشريعة الإسلامية يتبين أن بعض الأفعال قد اعتبرت جرائم ، وقررت عقوبتها بنص القرآن ، وأن البعض قد اعتبر جريمة أو تقررت عقوبته بفعل الرسول أو قوله ، وأن البعض الآخر قد ترك فيه تحديد الفعل المكون للجريمة والعقوبة المقررة لها الى الهيئة الحاكمة ، ولكن لم يترك لهذه الهيئة أن تفعل ما تشاء ، بل هي مقيدة في اعتبار الفعل جريمة ، وفي تقرير العقوبة بقواعد الشريعة العامة وروحها ، فليس لها أن تحرم ما أحل الله ، ولا أن تحل ما حرمه ، ولا أن تعاقب بغير ما أمر به ، ولا بما يخالف قواعد الشريعة وروحها العامة ، ومن ثم يمكن القول بأن القسم الجنائي في الشريعة كله من عند الله ، ولو أن تقرير بعض الجرائم وتحديد عقوبتها من عمل البشر ما دام أنهم يعملون في حدود ما أنزل الله على رسوله :

٤٧ ــ ما يترتب على كون الشريعة من عند الله :

ويترتب على كون الشريعة من عند الله نتيجتان مهمتان :

النتيجة الأولى : ثبات القواعد الشرعية واستمرارها ، ولو تغير الحكام أو أختلفت أنظمة الحكم : فيستوي أن تكون الهيئة الحاكمة محافظة أو مجددة ، ويستوي أن يكون نظام الحكم جمهورياً أو ملكياً ، فإن ذلك لن

يؤثر على القواعد الشرعية في شيء ما ، لأن القواعد الشرعية لا ترتبط بالهيئة الحاكمة ولا بنظام الحكم وإنما ترتبط بالدين الإسلامي الذي لا يتغير ولا يتبدل ، والذي يؤمن به كل حاكم ويستخدم له كل نظام . وليس الأمر كذلك في القوانين الوضعية التي يضعها الحكام لحماية المبادىء التي يعتنقونها ، وخدمة الأنظمة التي يقيمونها ، فإن هذه القوانين عرضة للتغيير المستمر ، وفي طبيعتها عدم الاستقرار ، ويكفي أن تتغير الهيئة الحاكمة أو يتغير النظام القائم ، لتتغير القوانين وتنقلب الأوضاع .

النتيجة الثانية : إحترام القواعد الشرعية احتراماً تاماً ، بحيث يستوي في هذا الفريق الحاكم ، والفريق المحكوم ، لأن كليهما يعتقد أنها من عند الله ، وأنها واجبة الاحترام ، وهذا الاعتقاد بالذات يحمل الأفراد على طاعة القواعد الشرعية ، لأن الطاعة تقربهم من الله طبقا لقواعد الدين الإسلامي ، ولأن العصيان يؤدي الى العقوبة في الدنيا والى ما هو شر من العقوبة في الآخرة ، فنسبة الشريعة إلى الله أدت إلى احترام الأفراد لها وطاعتها ، وكل شريعة في العالم تقدر قيمتها بقدر مالها في نفوس الأفراد من طاعة واحترام ، وليس في العالم اليوم شريعة تداني الشريعة الإسلامية في هذا ، ولا شك أنه كلما أزداد احترام الافراد لشريعتهم وزادت طاعتهم لها ، استقرت أمورهم ، وحسنت أحوالهم ، وتفرغوا لشئون دنياهم .

هذا هو شأن الشريعة وما ترتب على نسبتها الى الله جل شأنه ، أما القوانين الوضعية فهي كما قلنا من صنع الفئة الحاكمة ، وهي حين تضعها تراعى مصلحتها دون غيرها من الفئات ، وتحاول أن تحمي بالقوانين أشخاص رجالها ، والمبادىء التي يعتنقونها ، والأنظمة التي يقيمونها ، فإذا ما ذهبت هذه الفئة وجاء غيرها ، تغيرت القوانين لتحمي الفئة الجديدة ، والمبادىء

الجديدة ، والأنظمة الجديدة ، وهكذا تتغير القوانين بتغير الحاكمين والمبادىء والأنظمة التي يقوم عليها الحكم ، وهي لا تنفأ تتغير وتتبدل بين حين وآخر ، وهذا يؤدي الى عدم احترام القانون والى ذهاب سطوته من النفوس ، بل إلى عدم الاكتراث به ، حتى لقد أصبحنا اليوم نرى الاحزاب المعارضة تحرض أنصارها على الأستهانة بالقانون والخروج على أحكامه لتصل على أشلائه الى أغراضها ، وما على الأحزاب المعارضة وأصحاب الدعوات الجديدة أو الدعوات الهدامة حرج فيما يدعون اليه ، ما داموا يرون أن القانون من صنع أفراد مثلهم ، وأنه وضع لحماية أناس ليسوا خيراً منهم ، أو أنظمة هي شر في نظرهم . ولعل فيما هو حادث اليوم في البلاد الأوربية من تبدل الانظمة والحكام وشكل الحكومات الدليل المقنع على زوال سطوة القانون من نفوس الأفراد ولو أستمر الحال على ذلك لذهبت كل قيمة للقوانين الوضعية ، وأصبحت لا تساوي أكثر من الورق الذي كتبت عليه •

ويجب أن لا ننسى أن نسبة الشريعة الإسلامية الى الله إنما هي تقرير للواقع والمنطق ، فمن يؤمن بأن الدين الاسلامي من عند الله وجب عليه أن يؤمن بأن الشريعة الإسلامية من عند الله ، لأن الشريعة هي بالذات القواعد التشريعية للدين الاسلامي ، جمعت أحكامه من عبادات ، ومعاملات ، وأحوال شخصية وجنايات ، وغير ذلك • وليس الغرض من الشريعة خدمة فرد أو هيئة أو جنس أو نظام معين ، وإنما وجدت الشريعة لخدمة بني الإنسان كافة على اختلاف ألوانهم وألسنتهم ومناهجهم ، كما وجدت لإقرار المساواة والعدالة بينهم ، ولتيسير أمورهم • فنسبتها الى الله لا تفيده جل شأنه شيئا لانه غني عن خلقه ، وإنما تفيد هذا المجتمع الضال الهداية والاستقرار ، وتعود عليه بالاطمئنان والثقة ، وتؤدي به الى الحياة الطيبة القائمة على المحبة والإيثار ،

والمساواة والعدالة .

٤٨ – الجرائم التأديبية أو الاخطاء الادارية :

لم يفرق الفقهاء بين الجريمة الجنائية والجريمة التأديبية أو الأخطاء الإدارية كما يفرق بينهما شراح القانون اليوم ، والعلة في ذلك ترجع الى طبيعة العقوبات في الشريعة من ناحية ، وإلى تحقيق العدالة من ناحية أخرى . فالجرائم في الشريعة اما أن تكون جرائم حدود ، أو جرائم قصاص ، أو جرائم تعازير ، والخطأ الإداري اذا لم يكن جريمة من جرائم الحدود أو القصاص فهو جريمة من جرائم التعازير ، فإذا كون الخطأ الإداري جريمة يعاقب عليها بحد أو قصاص ، ووقب عليه بهذه العقوبة ، ومحاكمة الجاني جنائيا ومعاقبته بالعقوبات المقررة لجرائم الحدود والقصاص تمنع من محاكمته تأديبياً وتوقيع عقوبات تأديبية عليه ، لأن هذه العقوبات التأديبية لن تكون إلا عقوبات تعزيرية ، وهي عقوبات جنائية ، فكأن الجاني يعاقب مرتين بعقوبات جنائية على فعل واحد ، فضلا عن أن عقوبات الحدود والقصاص هي أشد العقوبات في الشريعة ، وفيها الكفاية لتأديب الجاني وزجره .

وإذا كان الجاني موظفا فإنه يمكن عزله أو وقفه عن الوظيفة اذا ثبتت عليه الجريمة ، ويصح اعتبار العزل والوقف عقوبة تعزيرية سببها ارتكاب الجريمة كما يصح أن يقال : إن العزل والوقف لم يقصد بهما العقاب ، وأن سببهما زوال صلاحية الجاني لشغل الوظيفة أو مباشرة أعمالها ؛ لأن الوظائف في الأصل لا يتولاها المجرمون ، فإذا تولاها من ليس مجرما ثم أجرم أصبح بإجرامه غير صالح لتولي الوظيفة حيث زالت صلاحيته بارتكابه الجريمة .

وإذا لم تكن الجريمة التي ارتكبها الموظف حدا أو قصاصا فهي من

التعازير ، لأن كل ما عدا الحدود والقصاص يدخل في التعازير سواء جاءت به نصوص الشريعة أم حددته الهيئة التشريعية طبقا للسلطان الذي منحته لها نصوص الشريعة ، وإذا كانت الجريمة من التعازير فلا تجوز فيها المحاكمة التأديبية ، لأن العقوبات التأديبية كالتوبيخ والإنذار والعزل وما أشبه ذلك ، كل هذه عقوبات تعزيرية فلو حوكم الموظف مثلا تأديبيا ثم حوكم جنائيا لعوقب كل مرة بعقوبة تعزيرية ، ولكانت النتيجة أنه حوكم مرتين على فعل واحد هو جريمة تعزيرية ، وعوقب مرتين على الفعل نفسه بعقوبة تعزيرية أي عقوبة جنائية ، وهذا ما تأباه نصوص الشريعة ، لأن القاعدة العامة فيها أن لا يعاقب الإنسان على فعل واحد مرتين فالمانع إذن من اعتبار الجريمة تأديبية ، أن الفعل يعتبر جريمة جنائية ، وأن العقوبة التي يمكن أن توقع في المحاكمة التأديبية هي العقوبة نفسها التي يمكن أن توقع في المحاكمة الجنائية ، أي أن المانع هو اتحاد الفعل واتحاد العقوبة .

والأسباب التي منعت من وجود الجريمة التأديبية في الشريعة الإسلامية، تتوفر بصورة عكسية في دائرة القوانين الوضعية ، اذ الأصل في هذه القوانين أن العقوبات الجنائية تخالف العقوبات التأديبية ، وأن معظم الجرائم التأديبية لاتدخل تحت حكم القوانين الجنائية ، ومن ثم فقد اقتضى تغاير العقوبتين والفعلين أن يحاكم الجاني على الفعل مرتين اذا كان فعله يعتبر جريمة تأديبية ، ولا يمنع توقيع احدى العقوبتين من توقيع الأخرى ، كما لا تحول براءته في إحدى المحاكمتين من السير في المحاكمة الثانية ، ويعللون ذلك بأن الدعوى التأديبية يقصد منها حماية المهنة أو الوظيفة ، وأن الدعوى الجنائية يقصد منها حماية المجتمع .

ولا شك أن نظرية الشريعة أكثر تمشيا مع المنطق وانطباقا على القواعد

التشريعية الحديثة التي تمنع من محاكمة الشخص مرتين على فعل واحد ، كما أنها تؤدي الى اختصار الإجراءات ، وتقليل المحاكمات ، ولا تحول في الوقت نفسه من توقيع العقوبة أو العقوبات التي تتلاءم مع شخصية المتهم والجريمة المنسوبة اليه •

٤٩ — الجريمة المدنية :

عرف الفقهاء الإسلاميون موضوع الجريمة المدنية ولكنهم لم يطلقوا عليه هذه التسمية التي نستعملها نحن الآن متأثرين بالقانون الفرنسي •

والأصل في الشريعة أن الأموال والنفوس معصومة [١] ، وكل فعل ضار بالإنسان أو بما له مضمون على فاعله إذا لم يكن له حق فيه ، والضمان اما عقوبة جنائية اذا كان الفعل الضار معاقبا عليه ، وإما تعويض مالي اذا لم يكن الفعل الضار معاقبا عليه ، واذا كان الفعل معاقبا عليه فهو جريمة ، أما إذا لم يكن معاقبا عليه فلا يعتبر جريمة ، ولا يسمى بهذا الاسم ، وإنما هو فعل ضار ، واذن فلا مناسبة تجمع بين الجريمة والفعل الضار إلا أن كليهما مضمون على فاعله •

وقد يكون الفعل جريمة يستحق الجاني عليها العقاب ، ثم يكون الفعل في الوقت نفسه فعلا ضارا فيضمنه الجاني للمجنى عليه ، كأستهلاك صيد مملوك في الحرم ، وشرب خمر الذمي ، فإن الفاعل في هاتين الحالتين يعاقب على الصيد والشرب ، وعليه قيمة الصيد والخمر لصاحبيهما [٢] — ٢ — •

---

(١) اي غير مباحة .
(٢) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ٢٦١ .

---

٢ — اما الحالة الثانية ، فالحكم فيها ما ذكره بأتفاق فقهاء المذهب الجعفري

وتتفق الشريعة مع القوانين الوضعية في هذه الناحية • فهي تجعل
نسان مسؤولا مدنيا عن كل فعل ضار بغيره ، سواء كان القانون يعتبره

اذا كان الشارب مسلماً فانه يحد ويغرم قيمة الخمر المتعارفة لدى الذميين ، اذ ليست له قيمة في نظر الاسلام ، واما اذا كان الشارب ذمياً ، ولم يتجاهر بشربه فلا يقام عليه الحد وان ضمن ثمن الخمر •

واما الحالة الاولى فللفقهاء الجعفرية فيها قولان :

أحدهما إغناء فدية الصيد عن ضمانه اذا كان مملوكاً للغير ، وتدفع الفدية الى مالك الصيد ، وذكر بعض في هذا المجال ان ثمن الفدية ان كان اقل من ثمن الصيد فعلى الصائد ان يدفع الى المالك ما يستكمل به ثمن الصيد ، واما اذا كان العكس فلا يدفع الى المالك إلا قيمة الصيد ويتصدق بالباقي •

والقول الآخر ان الفدية لا تغني عن ضمان ثمن الصيد لمالكه ، فيثبت الضمان والفدية معاً ، وهذا القول أجدر بالقبول لأن كلاً من دليلي الفدية والضمان مطلق وشامل للحالة التي نبحثها ، فيجب أن نأخذ محتوى الدليلين معاً ، ونحكم بالضمان والفدية معاً ، فالضمان حكم يقصد به تدارك خسارة المالك ويحتم دفع ثمن الصيد اليه ، والفدية حكم تأديبي يقتضي دفعها الى الفقراء والتصدق بها عليهم ، فلا موجب من الناحية العلمية لاهمال اي من هذين الحكمين ما دام الدليل قائماً على كل واحد منهما ، واما الأخذ بالقول الاول فهو يؤدي الى عدة مفارقات خاصة وان دليل الفدية قد أشير فيه الى أنها صدقة والمالك قد لا يستحق الصدقة ، وحتى اذا كان يستحقها فلا مبرر لاهمال استحقاق بصفته مالكا لمال قد اتلفه الغير •

جريمة أم لا يعتبره كذلك . فإن كان الفعل جريمة ، وكان ضارا في الوقت نفسه بالغير ، كان الفاعل مستحقا للعقوبة ، وضامنا للضرر كما هو حكم الشريعة .

ويصطلح شراح القانون المصري على تسمية الفعل الضار بالجريمة المدنية ولكن هذا الاصطلاح لا يكاد يستعمل في دور المحاكم ، وهو قاصر على الكتب الفقهية . ولعل ذلك راجع الى أن القانون المصري يعبر عن سبب الضمان بالفعل الضار ، ولا يعبرعنه بالجريمة المدنية كماعبر القانون الفرنسي.

* * *

الباب الثاني

أنواع الجريمة

٥٠ — تتفق الجرائم جميعا في أنها فعل محرم معاقب عليه ، ولكنها تتنوع وتختلف إذا نظرنا اليها من غير هذه الوجهة . وعلى هذا يمكننا أن نقسم الجرائم أقساماً متنوعة — ٣ — تختلف باختلاف وجهة النظر اليها .

فإذا نظرنا الى الجرائم من حيث جسامة العقوبة قسمناها إلى حدود ، وقصاص أودية ، وتعازير ، واذا نظرنا اليها من حيث قصد الجاني قسمناها الى جرائم عمدية ، وجرائم غير عمدية ، وإذا نظرنا اليها باعتبار وقت كشفها قسمناها الى جرائم متلبس بها ، وجرائم لا تلبس فيها ، واذا نظرنا اليها من حيث طريقة ارتكابها قسمناها الى جرائم إيجابية ، وجرائم سلبية ، والى جرائم بسيطة ، وجرائم اعتياد ، والى جرائم مؤقتة وجرائم غير مؤقتة ، وإذا نظرنا الى طبيعتها الخاصة قسمناها الى جرائم ضد الجماعة ، وجرائم ضد الأفراد ، وإلى جرائم عادية وجرائم سياسية .

---

٣ — وفي بعض تلك التنوعات وخصائصها نقاط من الخلاف نشير اليها في مواضعها ان شاء الله تعالى .

التقسيم المبني على جسامة العقوبة

الحدود ـ القصاص والدية ـ التعازير

٥١ ـ تنقسم الجرائم بحسب جسامة العقوبة المقررة عليها إلى ثلاثة أقسام : ـ ٤ ـ .

القسم الأول : جرائم الحدود : ـ وهي الجرائم المعاقب عليها بحد .

---

٤ ـ المفهوم من هذا التقسيم ان كل قسم يمتاز بجسامة العقوبة بالنسبة الى القسم الذي يليه وليس الأمر كذلك ، فانا اذا تناولنا القسمين الاولين وهما جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية وجدنا ان بعض جرائم الحدود تقل العقوبة المحدودة لمرتكبها عن بعض ألوان القصاص ، فالقتل هو جزاء بعض جرائم القصاص ولا شك أنه يفوق بجسامته عدة من الحدود فلا يمكن أن يقال ان العقاب على جرائم الحدود أشد من العقاب على جرائم القصاص بصورة مطلقة ، أو أن في الحدود من الوان العقاب مالا يصل اليه العقاب في القصاص ، حيث يصل احيانا الى درجة القتل ، فلا يتصور عقاب يفوق من الناحية الكمية ، وان كان قد يختلف القتل قصاصا عن القتل حداً من الناحية الكيفية ، أي في أسلوب القتل ، واكثر من هذا فان الدية أحياناً قد تكون اجسم عقوبة من بعض الحدود كما أنا اذا أخذنا القسم الثالث وهو التعزير قد يفوق بعض الحدود طبقاً للمصلحة العامة التي يرتئيها ولي الامر ، وذلك لأن التعزير ليس له حد ، وان كان بعض أقسامه محدوداً، كتعزير من قبل

والحد — ٥ — هو العقوبة المقدرة حقاً لله تعالى [١] ومعنى العقوبة المقدرة أنها محددة معينة فليس لها حد أدنى ولا حد أعلى ، ومعنى أنها حق لله أنها لا تقبل الإسقاط لا من الأفراد ولا من الجماعة .

وتعتبر العقوبة حقاً لله في الشريعة كلما استوجبتها المصلحة العامة ، وهي

(١) فتح القدير الجزء الرابع ص ١١٢ ، ١١٣ ؛ والاقناع الجزء الرابع ص ٢٤٤ — الأحكام السلطانية ١٩٢ — ١٩٥ بدائع الصنائع/السابع ص ٣٣ ، ٥٦ .

امرأة محرمة عليه اذ قال بعض فقهاء الامة بأن الحاكم لا يجوز له ان يبلغ في تعزيره الى حد الزنا ، وعلى أي حال فقد يكون التعزير أشد عقوبة من الحد او من الدية في بعض الاحايين .

وهكذا يتضح ان الاقسام الثلاثة التي عرضها المؤلف ليست مندرجة في جسامة العقوبة من الاشد عقوبة الى الاخف ، وانما يمتاز الحد بأنه ليس من جنس الجريمة ، على عكس القصاص الذي هو من جنسها ، وأما الدية فهي عقوبة مالية على المجرم ويختلف الجميع عن التعزير بعدم وضع الشارع حدوداً للتعزير وانما أوكل امره الى الحاكم ولذلك يقبل الزيادة والنقصان .

٥ — وجاء في كتابي الجواهر ورياض المسائل تعريف الحد بأنه عقوبة خاصة تتعلق بايلام بدن المكلف بواسطة تلبسه بمعصية خاصة عين الشارع كميتها في جميع أفراده وقد لوحظ في هذا التعريف التصريح بأن المقدر والمحدد للكمية هو الشارع كما عين مصب العقوبة حيث قال انها تتعلق بايلام بدن المكلف ، فكفارات الاحرام مثلاً وان كانت مقدرة من الله وقد تعتبر عقوبة ، غير أنها ليست حدود لانها لا تتعلق بايلام بدن المكلف (الشخص) .

دفع الفساد عن الناس وتحقيق الصيانة والسلامة لهم ، وكل جريمة يرجع فسادها إلى العامة ، وتعود منفعة عقوبتها عليهم ، تعتبر العقوبة المقررة عليها حقاً لله تعالى تأكيداً لتحصيل المنفعة ، وتحقيقا لدفع الفساد والمضرة إذ اعتبار العقوبة حقاً لله يؤدي الى عدم إسقاط العقوبة بإسقاط الأفراد أو الجماعة لها •

وجرائم الحدود معينة ومحدودة العدد وهي سبع جرائم • — ٦ — (١)

---

٦ — وفي الفقه الجعفري يضاف الى ذلك ثلاث جرائم أخرى •

أولها : اللواط ، وقد عرف في شرائع الاسلام وجواهر الكلام بأنه وطيء الذكران من الآدمي وفقهاء المذهب مجمعون على تشريع الحد عليه ووافقهم في ذلك من بقية فقهاء المسلمين الشافعي في كتاب الأم ص ١٦٩ ، ومالك وربيعة ، والزهري ، والحسن البصري ، وليث ، واسحاق بن راهوية ، وابو زياد كما في كتاب المحلى لابن حزم ج ١١ ص ٣٨٢ ، وبدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٤ ، كما أن الحافظ البيهقي نسب القول بالحد الى امير المؤمنين (ع) وابن عباس وابن الزبير ، وسعيد بن المسيب ، وعطا ، وذكر كل من ابن حزم في المحلى ج ١١ ص ٣٩ ، والحافظ البيهقي في سننه الكبرى ج ٨ ص ٢٣٢ أن عليا (ع) لما حكم باقامة الحد على اللواط أجمع رأي اصحاب النبي (ص) على ذلك •

والمدرك الفقهي لهذا الحد من طرق أهل البيت (ع) ما روي بطريق صحيح ان سائلاً كتب الى الامام موسى بن جعفر (ع) : ما حد رجلين نكح احدهما الآخر طوعا بين فخذيه ؟ فكتب عليه السلام : القتل • ويدل على لزوم الحد من طرق حفاظ السنة الخبران اللذان ذكرهما كل من الحاكم في المستدرك على الصحيحين ج ٤ ص ٣٥٥ وحكم

• • • • • • •

بصحتهما ، والحافظ البيهقي في السنن الكبرى ج ٨ ص ٢٣٢ ، واحمد ابن حنبل في المسند ج ٤ ص ٢٥٧ ، والترمذي في صحيحه ج ٦ ص ٢٤٠ ، والمتقي الهندي في كنز العمال ج ٣ ص ٧٠ و ٩٩ عن احمد وابي داوود والترمذي والنسائي وابن ماجه والدار قطني والحاكم وغيرهم •

•الخبران معاً عن ابن عباس ذكر في أولهما أن رسول الله (ص) قال من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فأقتلوا الفاعل والمفعول به ، وذكر في ثانيهما ان رسول الله (ص) قال أقتلوا الفاعل والمفعول به يعني الذي يعمل عمل قوم لوط •

وثانيهما : المساحقة ، والمقصود منها فقهياً وطيء المرأة مثلها وقد أجمعت كلمة الفقهاء الجعفريين على وضع الشارع حداً معيناً عليها ووافقهم على ذلك جملة من فقهاء المذاهب الاخرى كما في المحلى لابن حزم ج ١١ ص ٣٩٠ ، وانما وقع النقاش في ماهية هذا الحد وتحديده إذ ذهب أكثر فقهاء الجعفرية وعدة من غيرهم الى أن حد المساحقة مأة جلدة سواء كانت المرأتان محصنتين ام لا ، وأما غير الجعفريين فيظهر موقفهم مما نقله ابن حزم في المحلى ج ١١ ص ٣٩٠ عن ابن شهاب انه قال : ادركت علماءنا يقولون أن المرأة تأتي المرأة تجلدان مائة •

الفاعلة والمفعول بها ، واما فقهاؤنا الجعفريون فقد أستند أكثرهم في تعيين الحد الى ما رواه زرارة عن الامام أبي جعفر محمد بن علي الباقر (ع) من الامر بالجلد ، وفي ضوء اطلاق الامر وشموله لحالتي الأحصان وعدمه أفتوا بأن الحد هو الجلد بصورة مطلقة ، غير أن

الزنا (٢) القذف (٣) الشرب (٤) السرقة (٥) الحرابة — ٧ — (٦) الردة (٧) البغي • ويسميها الفقهاء الحدود دون إضافة لفظ جرائم اليها ، وعقوباتها تسمى الحدود أيضاً ولكنها تميز بالجريمة التي فرضت عليها فيقال حد السرقة،

جمعا من فقهاء الجعفريه قالوا أن حد السحق هو حد الزنا (الرجم مع الاحصان والجلد مع غيره) وهذا هو الاجدر بالقبول نظرا الى ما روي بطريق صحيح من أن نسوة دخلن على الامام أبي عبد الله جعفر بن محمد الصادق (ع) فسألته امرأة منهن عن السحق فقال حدها حد الزاني ، وفي ضوء هذا الحديث نستطيع ان نصرف رواية زرارة الآنفة الذكر الى صورة عدم الاحصان ، فالجلد هو حد غير المحصنة ، والرجم هو حد المحصنة ، ويدل على ذلك من طرق حفاظ السنة ما رواه البيهقي في سننه الكبرى ج ٨ ، ص ٢٣٣ من أن رسول الله (ص) قال : اذا أتت المرأةُ المرأةَ فهما زانيتان ، وما رواه ابن حزم في المحلى ج ١١ ص ٣٩١ من أن النبي (ص) قال : السحاق زنا النساء بينهن ، ومن الواضح ان اعطاء المساحقة صبغة الزانية شرعاً يعني تطبيق احكام الزانية على المساحقة بما فيها نوعية الحد المفروض من الجلد حينا والرجم حينا آخر •

وثالثها : القيادة وهي جمع فاعلي الفاحشة من الزنا أو المساحقة أو اللواط وحدها في الرأي الفقهي السائد عند الجعفرية ٧٥ جلدة مع النفي عن البلد الذي هو فيه ، ومسند هذا الرأي ما رواه ابن سنان عن الصادق عليه السلام •

٧ — الحرابة هي الجريمة التي يطلق عليها في كتب الفقه الجعفري اسم المحاربة•

وحد الشرب . ويقصد من ذلك عقوبة السرقة وعقوبة الشرب .

القسم الثاني : جرائم القصاص والدية : وهي الجرائم التي يعاقب عليها بقصاص أو دية ، وكل من القصاص والدية عقوبة مقدرة حقاً للأفراد — ٨ — ومعنى أنها مقدرة أنها ذات حد واحد ، فليس لها حد أعلى وحد أدنى تتراوح بينهما ، ومعنى أنها حق للأفراد أن للمجنى عليه أن يعفو عنها إذا شاء ، فإذا عفا أسقط العفو العقوبة المعفو عنها .

وجرائم القصاص والدية خمس — ٩ — (١) القتل العمد (٢) القتل شبه العمد (٣) القتل الخطأ (٤) الجناية على ما دون النفس عمدا (٥) الجناية على ما دون النفس خطأ . ومعنى الجناية على ما دون النفس الاعتداء الذي لا يؤدي للموت كالجرح والضرب .

ويتكلم الفقهاء عن هذا القسم عادة تحت عنوان الجنايات ، متأثرين في ذلك بما تعارفوا عليه من إطلاق لفظ الجناية على هذه الأفعال [١] ولكن بعض الفقهاء يتكلمون على هذا القسم تحت عنوان الجراح [٢] ناظرين إلى أن الجراحة هي أكثر طرق الاعتداء ، كما أن بعض الفقهاء يؤثرون لفظ الدماء [٣] عنواناً لهذا القسم .

---

(١) بدائع الصنائع السابع ص ٢٣٣ ، الاقناع ص ١٦٢ الجزء الرابع — البجيرمي على المنهج ص ١٢٩ الجزء الرابع .
(٢) تحفة المحتاج الجزء الرابع ص ١ — المغني ٣١٨ الجزء التاسع .
(٣) مواهب الجليل للحطاب الجزء السادس ص ٢٣٠ .

---

٨ — ويمتاز القصاص عن الدية بأنها اسم لاستيفاء مثل الجناية من قتل او جرح او ضرب وتتميز الدية بأنها المال اللازم او الواجب في الجناية من قتل وما دونه كما صرحت بذلك بعض كتب الفقه الجعفري عند تعريف اللفظتين .

٩ — الاولى والرابعة من جرائم القصاص والبقية من جرائم الدية .

القسم الثالث : جرائم التعازير : هي الجرائم التي يعاقب عليها بعقوبة أو أكثر من عقوبات التعزير • ومعنى التعزير التأديب ، وقد جرت الشريعة على عدم تحديد عقوبة كل جريمة تعزيرية ، واكتفت بتقرير مجموعة من العقوبات لهذه الجرائم تبدأ بأخف العقوبات وتنتهي بأشدها ، وتركت للقاضي أن يختار العقوبة أو العقوبات في كل جريمة بما يلائم ظروف الجريمة وظروف المجرم فالعقوبات في جرائم التعزير غير مقدرة •

وجرائم التعزير غير محدودة — ١٠ — كما هو الحال في جرائم الحدود

---

١٠ — بل هي محدودة في نطاق ما يعتبر معصية شرعية سواء اكتسب الفعل صفة المعصية بسبب نص شرعي خاص كالربا والغش والرشوة في الحكم ، أم بسبب نهي ولي الامر (رئيس الدولة الاسلامية) عنه نظراً الى أن معصيته فيما يرجع الى شؤون الحكم ومتطلباته محرمة شرعاً ، فهي في الحقيقة معصية شرعية أيضا كالربا والرشوة وعلى هذا فالتعزير لايجوز مالم يكتسب الفعل صفة المعصية الشرعية لاحد السببين •

ثم ، ان التعزير الذي يباشره الحاكم تارة يكون مما جاء الأمر به في نص خاص كالنصوص التي أمرت بالتعزير على محرمات معينة وأخرى يكون طبقاً للمصلحة العامة التي يتولى الحاكم الحفاظ عليها شرعاً ، والقسم الاول من التعزير لا يقبل العفو عنه لانه مخالفة للنص وانما يجوز العفو في القسم الثاني اذا أقتضت المصلحة العامة •

وعلى هذا فالضابطة الفقهية في إمكان العفو هو عدم ثبوت التعزير بنص خاص ، فكل مالم يثبت التعزير عليه بالنص الخاص جاز العفو عنه عند اقتضاء المصلحة العامة سواءً كان الفعل معصية بسبب نهي الشارع ام نهي ولي الأمر عنه •

أو جرائم القصاص والدية . وليس في الإمكان تحديدها . وقد نصت الشريعة على بعضها وهو ما يعتبر جريمة في كل وقت كالربا وخيانة الأمانة والسب والرشوة ، وتركت لأولي الامر النص على بعضها الآخر ، وهو القسم الاكبر من جرائم التعازير ، ولكن الشريعة لم تترك لأولي الأمر الحرية في النص على هذه الجرائم بل أوجبت أن يكون التحريم بحسب ما تقتضيه حال الجماعة وتنظيمها والدفاع عن مصالحها ونظامها العام ، وأن لا يكون مخالفاً لنصوص الشريعة ومبادئها العامة .

وقد قصدت الشريعة من إعطاء أولي الأمر حق التشريع في هذه الحدود تمكينهم من تنظيم الجماعة وتوجيهها الوجهات الصحيحة ، وتمكينهم من المحافظة على مصالح الجماعة والدفاع عنها ومعالجة الظروف الطارئة .

والفرق بين الجريمة التي نصت عليها الشريعة والعمل الذي يحرمه أولو الأمر أن ما نصت عليه الشريعة محرم دائماً فلا يصح أن يعتبر فعلا مباحاً ، أما ما يحرمه أولو الأمر اليوم فيجوز أن يباح غداً إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة .

٥٢ ــ أهمية التقسيم :

تظهر أهمية تقسيم الجرائم الى حدود ، وقصاص أو دية ، وتعازير من عدة وجوه سنبينها فيما يلي :

أولا ــ من حيث العفو : جرائم الحدود لا يجوز فيها العفو مطلقاً ، سواء من المجنى عليه أو ولي الأمر أي الرئيس الأعلى للدولة ، فإذا عفا أحدهما كان عفوه لغواً لا أثر له على الجريمة ولا على العقوبة .

أما في جرائم القصاص فالعفو جائز من المجنى عليه ، فإذا عفا ترتب على

العفو أثره ، فللمجنى عليه أن يعفو عن القصاص مقابل الدية ، وله أن يعفو عن الدية أيضاً ، فإذا عفا عن أحدهما أعفي منه الجاني . وليس لرئيس الدولة الأعلى أن يعفو عن العقوبة في جرائم القصاص بصفته هذه ، لأن العفو عن هذا النوع من الجرائم مقرر للمجنى عليه أو وليه ، لكن إذا كان المجنى عليه قاصرا ولم يكن له أولياء كان الرئيس الأعلى للدولة وليه ، إذ القاعدة الشرعية أن السلطان ولي من لا ولي له ، وفي هذه الحالة يجوز لرئيس الدولة العفو بصفته ولي المجنى عليه ، لا بأي صفة أخرى ، وبشرط ألا يكون العفو مجاناً . — ١١ —

وفي جرائم التعازير لولي الأمر أي رئيس الدولة الأعلى حق العفو عن الجريمة ، — ١٢ — وحق العفو عن العقوبة ، فإذا عفا كان لعفوه أثره بشرط أن لا يمس عفوه حقوق المجنى عليه الشخصية . وليس للمجنى عليه أن يعفو في التعازير إلا عما يمس حقوقه الشخصية المحضة . ولما كانت الجرائم تمس الجماعة فإن عفو المجنى عليه من العقوبة أو الجريمة لا يكون نافذاً وإن أدى في الواقع الى تخفيف العقوبة على الجاني ، لأن للقاضي سلطة واسعة في جرائم التعازير من حيث تقدير الظروف المخففة ، وتخفيف العقوبة .

ولا شك أن عفو المجنى عليه يعتبر ظرفاً مخففا .

ثانياً — من حيث سلطة القاضي : في جرائم الحدود إذا ثبتت الجريمة وجب على القاضي أن يحكم بعقوبتها المقررة لا ينقص منها شيئا ولا يزيد عليها شيئاً ، وليس له أن يستبدل بالعقوبة المقررة عقوبة أخرى ، ولا أن يوقف تنفيذ العقوبة فسلطة القاضي في جرائم الحدود قاصرة على النطق

---

١١ — بل له العفو مجاناً اذا كان في ذلك مصلحة للقاصر من ناحية أخرى .

١٢ — ويستثنى من ذلك الجرائم التي أمر الشارع بالتعزير عليها كما مر آنفاً .

بالعقوبة المقررة للجريمة .

وفي جرائم القصاص سلطة القاضي قاصرة على توقيع العقوبة المقررة إذا كانت الجريمة ثابتة قبل الجاني ، فإذا كانت العقوبة القصاص وعفا المجني عليه عن القصاص أو تعذر الحكم به لسبب شرعي وجب على القاضي أن يحكم بالدية ما لم يعف المجني عليه عنها ، فإذا عفا كان على القاضي أن يحكم بعقوبة تعزير .

وله في التعازير — كما سنبين — سلطة واسعة .

أما جرائم التعازير فللقاضي فيها سلطة واسعة في اختيار نوع العقوبة ومقدارها فله أن يختار عقوبة شديدة أو خفيفة بحسب ظروف الجريمة والمجرم ، وله أن ينزل بالعقوبة الى أدنى درجاتها ، وله أن يرتفع بها الى حدها الأقصى ، وله أن يأمر بتنفيذ العقوبة أو إيقاف تنفيذها .

ثالثاً — من حيث قبول الظروف المخففة : ليس للظروف المخففة أي أثر على جرائم الحدود والقصاص والدية ، فالعقوبة المقررة لازمة مهما كانت ظروف الجاني ، أما في جرائم التعازير فللظروف المخففة أثرها على نوع العقوبة ومقدارها فللقاضي أن يختار عقوبة خفيفة ، وأن ينزل بها الى أدنى حدودها ، وله أن يوقف تنفيذها .

رابعاً — من حيث إثبات الجريمة : تشترط الشريعة اثبات جرائم الحدود والقصاص عدداً معيناً من الشهود ، إذا لم يكن دليل الا الشهادة ، فجريمة الزنا لا تثبت الا بشهادة أربعة شهود — ١٣ — يشهدون الجريمة وقت وقوعها ، وبقية جرائم الحدود والقصاص لا تثبت إلا بشهادة شاهدين في الأقل .

---

١٣ — وكذلك جريمتا اللواط والمساحقة .

أما جرائم التعازير فتثبت بشهادة شاهد واحد . — ١٤ —

ولا تعرف القوانين الوضعية هذا التقسيم ، وإنما هي تقسيم الجرائم غالباً الى جنايات وجنح ومخالفات .

الفصل الثاني

تقسيم الجرائم بحسب قصد الجاني

الجرائم المقصودة ـ الجرائم غير المقصودة

٥٣ ـ تنقسم الجرائم بحسب قصد الجاني الى جرائم مقصودة وجرائم غير مقصودة :

(أ) الجرائم المقصودة : هي التي يتعمد الجاني فيها اتيان الفعل المحرم وهو عالم بأنه محرم ، وهذا هو المعنى العام للعمد في الجرائم المقصودة أو الجرائم العمدية . وللعمد معنى خاص في القتل ، وهو تعمد الفعل المحرم وتعمد نتيجته ، فإن تعمد الجاني الفعل دون نتيجة كان الفعل قتلا شبه عمد ، وهو ما يسمى في القوانين الوضعية بـ « الضرب المفضي إلى الموت » .

(ب) الجرائم غير المقصودة : هي التي لا ينتوي فيها الجاني أتيان الفعل المحرم ولكن يقع الفعل المحرم نتيجة خطأ منه ، والخطأ على نوعين [١] :

---

(١) نهاية المحتاج الجزء السابع ص ٢٣٥ ، المغني الجزء التاسع ص ٣٢٠، والزيلعي الجزء السادس ص ٩٧ ، بدائع الصنائع الجزء السابع ص ٢٣٤ . راجع أيضاً الفقرتين ٢٨٤ ، ٣٠١ .

---

١٤ ـ وفي ذلك خلاف بين فقهاء الجعفرية ، ومرد الخلاف الى النقاش في قاعدة أصولية عامة وهي حجية خبر الواحد في المواضيع الخارجية .

النوع الأول ــ هو ما يقصد فيه الجاني الفعل الذي أدى للجريمة ولا يقصد الجريمة ولكنه مع ذلك يخطيء : إما في الفعل نفسه كمن يرمي حجراً ليتخلص منه فيصيب أحد المارة ، أو يرمي صيداً فيخطئه ويصيب آدمياً • وإما أن يكون الخطأ في ظنه كمن يرمي ما يظنه حيواناً فإذا هو إنسان ، أو يرمي من يظنه جندياً من جنود الأعداء فإذا هو أحد الوطنيين • ففي هذه الحالات يقصد الجاني الفعل ولا يقصد الجريمة ، ولكن خطأه في فعله أو ظنه يؤدي الى وقوع الجريمة •

النوع الثاني ــ هو مالا يقصد فيه الجاني الفعل ولا الجريمة ، ولكن يقع الفعل نتيجة لإهماله أو عدم احتياطه ، كمن ينقلب وهو نائم على آخر بجواره فيقتله وكمن يحفر بئراً في طريق ولا يتخذ احتياطاته لمنع سقوط المارة فيه •

٥٤ ــ أهمية هذا التقسيم :

تظهر أهمية تقسيم الجرائم الى مقصودة وغير مقصودة من وجهين :

أولهما ــ أن الجريمة المقصودة تدل على روح إجرامية لدى الجاني ، أما غير المقصودة فليس فيها ما يدل على ميل الفاعل للإجرام ، ومن ثم كانت عقوبة الجريمة المقصودة شديدة وعقوبة الجريمة غير المقصودة خفيفة •

ثانيهما ــ يمتنع العقاب على الجريمة المقصودة إذا لم يتوفر ركن العمد ، ــ ١٥ ــ أما الجريمة غير المقصودة فيعاقب عليها لمجرد الإهمال أو

---

١٥ ــ إذ لا تتحقق جريمة مقصودة بدونه وليس كما يبدو من العبارة حيث يتراءى منها على أن الجريمة المقصودة تتحقق ولا عقاب عليها •

وتعرف القوانين الوضعية هذا التقسيم وهي تتفق مع الشريعة في موضوعه ونتائجه .

الفصل الثالث

تقسيم الجرائم بحسب وقت كشفها

جرائم متلبس بها ـ وجرائم لا تلبس فيها

٥٥ ـ تنقسم الجرائم بحسب وقت كشفها الى جرائم متلبس بها وجرائم لا تلبس فيها .

الجريمة المتلبس بها :

هي الجريمة التي تكشف وقت ارتكابها ، أو عقب ذلك ببرهة يسيرة ، وقد عرف قانون « تحقيق الجنايات المصري » التلبس في المادة الثامنة بأن مشاهدة الجاني متلبساً بالجناية [1] هي رؤيته حال ارتكابها أو عقب ارتكابها ببرهة يسيرة ، ويعتبر أيضا أن الجاني شوهد متلبساً بالجناية إذا تبعه من وقعت عليه الجناية عقب وقوعها منه بزمن قريب ، أو تبعته العامة مع الصياح ، أو وجد في ذلك الزمن حاملا لآلات أو أسلحة او أمتعة او أوراقاً أو أشياء اخرى يستدل منها على انه مرتكب الجناية أو مشارك في فعلها .

---

(١) معنى لفظ «الجناية» هنا يتفق مع معنى الجناية فى الشريعة الاسلامية وهو الجريمة .

والجريمة التي لا تلبس فيها :

هي التي لا تكشف وقت ارتكابها • أو التي يمضي بين ارتكابها وكشفها زمن غير يسير •

والمعروف لدى فقهاء الشريعة — ١٦ — أن التلبس هو كشف الجريمة وقت ارتكابها ولكن ليس في الشريعة ما يمنع من اعتبار حالة التلبس طبقاً لوجهة « القانون المصري » خصوصاً وأن المقصود من اعتبار هذه الحالة قائمة هو تسهيل الإجراءات لكشف الحقيقة •

---

١٦ — واعطاء المفهوم الخاص للقسم الأول أي لأكتشاف الجريمة وقت ألتلبس بها هو الذي يعطي هذا القسم المميزتين اللتين أشار اليهما المؤلف وهي صحة الشهادة حتى إذا قيل بعدم جوازها إلا على المشاهد، وصحة منع المجرم من اتمام جريمته بالقوة استناداً الى وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، فان هاتين الميزتين تترتبان على القسم الاول اذا حصر في النطاق الضيق لمفهوم التلبس ، واما اذا أعتبر اكتشاف الجريمة بعد ارتكابها اكتشافاً لها حال التلبس بها فمن الواضح حينئذ أن مثل هذا التلبس ليس حقيقياً ، وانما هو مجازي ، ولا تترتب عليه الثمرتان •

فمن يقول من الفقهاء بعدم جواز الشهادة إلا على المشاهد لا يقول بجواز الشهادة في موارد هذا التلبس المجازي لأنه مجرد من المشاهدة الحقيقية ، كما انه لا مجال لاستعمال حق الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، لأن الجريمة بوجودها المادي قد تمت ، ولا مجال لمنع المجرم من ارتكابها •

٥٦ — أهمية هذا التقسيم :

تظهر أهمية هذا التقسيم في الشريعة من وجهين :

أولهما — من حيث الإثبات : إذا كانت الجريمة من جرائم الحدود وكان الدليل عليها هو شهادة الشهود فيجب أن يكون الشهود قد شهدوا بأنفسهم الحادث وقت وقوعه ، ورأوا الجاني وهو يرتكب الجريمة ، ويجيز الإمام مالك أن يكون الشهود سماعيين (١) ينقلون عمن شهدوا الحادث ولا يجيز هذا باقي الأئمة (٢) . — ١٧ —

ثانيهما — من حيث الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر : إذاشوهد الجاني وهو يرتكب الجناية كان لأي شخص ان يمنعه بالقوة عن ارتكاب الجريمة وأن يستعمل القوة اللازمة لمنعه سواء كانت الجريمة اعتداء على حقوق الأفراد كالسرقة ، أو اعتداء على حقوق الجماعة كشرب الخمر والزنا ، وهذا ما يسمى بـ « حق الدفاع الشرعي العام » .

---

(١) المدونة الجزء السادس عشر ص ٤٥ .

(٢) بدائع الصنائع الجزء السابع ص ٤٩ . نهاية المحتاج الجزء الثامن ص ٣٠٧ . الاقناع الجزء الرابع ص ٤٠٧ .

---

١٧ — اما الفقهاء الجعفريون فقد اتفقت آراؤهم كما في كتاب جواهر الكلام على رفض الشهادة على الشهادة ، وعدم قبولها في حدي الزنا واللواط ، ومن رأي اكثرهم عدم قبولها في جميع الحدود ، وهو الرأي الجدير بالقبول نظراً الى ما روي بسند صحيح عن أمير المؤمنين علي (ع) انه قال : لا تجوز شهادة على شهادة في حد .

الفصل الرابع

المبحث الاول

جرائم ايجابية ـ وجرائم سلبية

٥٧ ـ تنقسم الجرائم الى إيجابية وسلبية بحسب ما اذا كان الفعل قد ارتكب بطريق الإيجاب أو السلب ، أو بحسب ما اذا كان الفعل مأموراً به أو منهياً عنه .

والجريمة الايجابية :

تتكون من إتيان فعل منهي عنه كالسرقة والزنا والضرب .

والجريمة السلبية :

تتكون من الامتناع عن إتيان فعل مأمور به ، كامتناع الشاهد عن أداء الشهادة والامتناع عن اخراج الزكاة . وأكثر الجرائم إيجابية وأقلها الجرائم السلبية .

٥٨ ـ الجريمة الايجابية تقع بطريق السلب :

ومن المتفق عليه بين الفقهاء أن الجريمة الإيجابية قد تقع بطريق السلب، فإذا وقعت على هذا الوجه استحق فاعلها العقوبة ، فمن حبس إنسانا ومنعه الطعام أو الشراب أو الدفء في الليالي الباردة حتى مات جوعا أو عطشا أو

برداً فهو قاتل له عمداً إن قصد بالمنع قتله ، ـ ١٨ ـ وذلك ما يراه مالك [1]

(١) الشرح الكبير للدردير الجزء الرابع ص ٢١٥ .

١٨ ـ يجب ان نقول قبل تناول المسأله كلمة عامة عن قتل العمد ومفهومه في الفقه الجعفري وشرائطه في آراء الفقهاء الجعفريين .

فالقتل قد يتحقق بأداة قاتلة بطبيعتها كاطلاق رصاص على المواضع الخطرة من جسم الانسان ، وقد ينتج عن آلة ليست قاتلة غالباً وإن كانت تقتل في بعض الأحايين . كالسوط والعصا ، كما ان القاتل قد يكون متعمد القتل قاصداً له ، وقد لا يكون قاصدا له ولا مستهدفاً بعمله قتل الآخر ، فاذا كانت الاداة قاتلة وقصد القاتل القتل ، فالقتل عمدي باجماع الفقهاء . واما اذا وجدت أحدى الصفتين فقط كما اذا كانت الآلة قاتلة ولم يقصد القاتل القتل بها ان كان على علم بطبيعتها الخاصة او كانت نية المعتدي القتل ولم تكن الآلة قتالة في الغالب ، فالقتل عمدي على أشهر الاقوال بين الجعفريين وينتج عن ذلك ان المميز الاساسي لقتل العمد هو وجود احدى الصفتين ، إما تكون الآلة قاتلة بطبيعتها والقاتل على علم بذلك . واما ان يكون القاتل مستهدفاً للقتل من كلا هذين العنصرين بأن لم يكن من نية القاتل القتل ، ولم تكن الآلة التي استعملها قاتلة فليس القتل عمداً .

والدليل على تحقق صفة العمد في نظر الشارع بالحدود التي ذكرناها قوله تعالى (فمن أعتدى عليكم فاعتدوا عليه) فان الاعتداء بالقتل يصدق عرفاً على من قصد القتل فقتل ، أو أستعمل آلة حادة قاتلة عالماً بذلك فقتل بها ، كما ان الاخبار عن ائمة اهل البيت (ع) تؤكد ذلك أيضاً .

والشافعي (١) وأحمد (٢) ، اما أبو حنيفة (٣) فلايرى الفعل قتلا ، لأن الهلاك حصل بالجوع والعطش والبرد ولم يحصل بالحبس ، ولا صنع لأحد في الجوع والعطش والبرد ، ولكن أبا يوسف ومحمداً يريان الفعل قتلا عمداً ، لأنه لابقاء لآدمي إلا بالأكل والشرب والدفء .

فالمنع عند استيلاء الجوع والعطش والبرد على الممنوع يكون اهلاكا له والأم التي تمنع ولدها الرضاع قاصدة قتله تعتبر قاتلة عمدا — ١٩ — ،

(١) نهاية المحتاج الجزء السابع ص ٢٣٩ .
(٢) المغني الجزء التاسع ص ٣٢٧ .
(٣) بدائع الصنائع الجزء السابع ص ٢٣٤ والبحر الرائق الجزء الثامن ص ٢٩٥ .

ويمكننا ان نذهب الى أكثر من ذلك فنعتبر القتل عمداً اذا استعمل القاتل آلة قاتلة بطبيعتها حتى إذا لم يعلم بطبيعتها الخاصة هذه ، لأنه اعتداء بالقتل فيندرج في مدلول الآية الكريمة .

وعلى هذا فاذا سجن الظالم شخصاً وحرمه من الطعام حتى مات ، فان كان الحرمان قد استمر مدة طويلة بحيث يعتبر قاتلا بطبيعته ، فالقتل عمدي ، كما اذا أستعمل القاتل الرصاص او أية وسيلة قاتلة في جريمته ، واما إذا لم يكن الحرمان بدرجة قاتلة غالبا وانما قتل السجين لظروف خاصة فالقتل عمدي أيضاً بشرط ان يقصد الساجن قتل السجين بحرمانه من الطعام ، فاذا لم يقصد ذلك ، لم يكن قتله عمداً لأن القتل العمدي يجب ان توجد فيه نية القتل أو الآلة القاتلة بطبيعتها .

١٩ — في ضوء ما تقدم يتضح أن اعتبارها قاتلة عمداً يتوقف على أحد أمرين : إما ان يكون منع الرضيع وحرمانه من الرضاع مستمراً بالشكل الذي يصبح من طبيعته أن يؤدي الى قتل الرضيع ، واما ان تقصد

ولو أنها لم تأت بعمل ايجابي [١] .

ومن منع فضل مائه مسافراً عالماً بأنه لا يحل له منعه ، وأنه يموت إن لم يسقه اعتبر قاتلا له عمدا وإن لم يل قتله بيده ، وهو رأى في مذهب مالك [٢] .

ويرى بعض فقهاء مذهب أحمد أنه قتل شبه عمد [٣] .

وإذا حضر نساء ولادة فقطعت احداهن الحبل السري ولم تربطه بعد قطعه متعمدة الامتناع عن ربطه فمات الوليد بسبب ذلك فهي قاتلة له ؛ ومن الممكن اعتبار بقية الحاضرات قاتلات إذا لم يرون أيضا ربط الحبل السري ، لأن القطع غير مهلك في ذاته ، وانما المهلك ترك الربط ، ولما كن جميعا قد تعمدن ترك الربط فالهلاك ينسب اليهن جميعاً [٤] .

٥٩ — متى يعتبر الممتنع مسئولا ؟

والظاهر من تتبع أمثلة الفقهاء أن الممتنع لا يعتبر مسئولا عن كل جريمة ترتبت على امتناعه . وإنما يسأل فقط حيث يجب عليه شرعاً أو عرفاً أن لا يمتنع . واذا كان هذا هو القاعدة فهناك اختلاف على ما يوجبه الشرع والعرف ، ومن الطبيعي أن يكون هذا الخلاف ما دامت وجهات النظر مختلفة.

(١) الشرح الكبير للدردير الجزء الرابع ص ٢١٥ .
(٢) مواهب الجليل للحطاب الجزء السادس ص ٢٤٠ .
(٣) المغني الجزء التاسع ص ٥٨١ .
(٤) الفتاوي الكبرى لابن حجر الجزء الرابع ص ٢٢٠ ، ٢٢١ .

المرأة بالمنع قتل الطفل ، فاذا قصدت ذلك كانت قاتلة عمداً سواء قتلته بحرمانه من الرضاع زماناً طويلاً أو قصيراً . وعلى هذا الأساس يفهم حكم الفقه الجعفري من المسألتين التاليتين (حرمان المسافر من الماء) و (امتناع القابلات من قطع الحبل) .

فمثلا : يرى بعض الحنابلة أن من أمكنه انجاء آدمي من هلكة كماء أو نار أو سبع فلم يفعل حتى هلك فلا مسئولية عليه (١) ، ويرى بعض الحنابلة أنه مسئول (٢) ، وأساس هـذا الخلاف هو : هـل الإنجاء واجب أم غير واجب ؟ — ٢٠ — ومن هذا القبيل المثل الذي ضربناه عن منع الماء .

٦٠ — الشريعة والقوانين الوضعية :

واتجاه فقهاء الشريعة في القتل بالترك هو الاتجاه نفسه الذي سار عليه أغلب شراح القوانين الوضعية ابتداء من القرن التاسع عشر ، أما قبل ذلك فقد كانت غالبية الشراح ترى أنه لا يمكن احداث الجريمة بالترك . لأن الترك عدم ولا ينشأ عن العدم وجود ، وكانت أقلية الشراح ترى أن الترك يصلح سبباً للجريمة كالفعل تماماً ، لأن كليهما يرجع الى إرادة الإنسان ، وقد انتهت الغالبية الى التسليم بأن الترك يصلح سبباً للجريمة ولكنهم لم يأخذوا بهذا المبدأ على إطلاقه ، وقيدوه بأن يكون الشخص مكلفا في الأصل بالعمل، وأن يكون الامتناع أو الترك مخالفة لهذا التكليف ، ويستوى عندهم أن يكون مصدر التكليف بالعمل القانون أو الاتفاق ومن الأمثلة التي يضربها شراح القوانين على القتل بالترك حبس شخص دون حق ومنع الطعام عنه بقصد قتله ، — ٢١ — وامتناع الأم عمدا عن إرضاع ولدها بقصد قتله ،

(١) الاقناع الجزء الرابع ص ٢٠٥ .
(٢) المغني الجزء التاسع ص ٥٨١ .

٢٠ — لا شك لدى فقهاء الجعفرية في وجوب إنجاء كل انسان معصوم الدم .

٢١ — ومنع الطعام عنه بقصد قتله أو مدة يعتبر حرمان الشخص من الطعام فيها قاتلاً بحسب العادة فقد مر بنا أن القتل العمدي في الفقه الجعفري

ويضربون مثلا على الحالة التي لا مسئولية فيها الامتناع عن إنقاذ مشرف على الغرق ، أو انسان أحاطت به النار ، أو أقدم على افتراسه سبع ، والأمثلة في الحالين تكاد تكون الأمثلة نفسها التي يضربها فقهاء الشريعة الإسلامية .

٦١ ـ الفرق بين الشريعة والقانون !

ويلاحظ أن اشتراط شراح القوانين أن يكون العمل واجبا بمقتضى القانون أو الاتفاق يساوي تماما ما يشترطه فقهاء الشريعة من أن يكون العمل واجبا بمقتضى الشريعة ، لأن الشريعة توجب الوفاء بالعقود والاتفاقات طبقا لقوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » ـ ٢٢ ـ [المائدة : ١]

يستمد صفته الخاصة من أحد أمرين : إما توفر عنصر القصد الى القتل فيه أو كون السبب قاتلا عادة وبذلك يعرف حكم الفقه الجعفري في مسأله الارضاع التي أشار اليها المؤلف .

٢٢ ـ ذهب الفقهاء الجعفريون مذهبين في تفسير هذه الآية الكريمة أحدهما أن الوفاء بالعقود يعني تنفيذها عملياً والسير وفقاً لها ، فالأمر بها يكون عبارة عن الحكم بوجوب العمل الذي تم عليه العقد والأتفاق ، وعلى هذا تدل الآية بنصها على الوجوب . والمذهب الآخر يتجه الى تفسير الوفاء بإتمام العقد ، فالوفاء بالعقد معناه الأستمرار عليه وعدم نقضه وفسخه وفي ضوء هذا يكون الأمر بالوفاء بمعنى التنبيه على أن العقد اذا تم بين شخصين ، فلايمكن لاحدهما الانسحاب عنه ، وهذا هو الذي يعبر عنه في العرف الفقهي بأن العقد لازم لا ينفك عن المتعاقدين ، فالآية تدل بنصها على اللزوم . وحيث ان العقد لايصبح لازماً إلا اذا كان صحيحاً وكان العمل به واجبا . فالوجوب يفهم من الآية الكريمة بصورة غير مباشرة .

فمن كان عليه واجب طبقا لاتفاق فهو واجب أيضاً طبقاً للشريعة ما دام لا يخرج على نصوصها أو روحها • فالشريعة والقانون يتفقان تماما في هذه النقطـــة •

ولكن الشريعة تخالف القوانين الوضعية في أنها تجعل الجاني مسؤولا عن الترك والامتناع إذا كان العرف يوجب على الشخص أن يعمل ولا يمتنع، ولا شك أن الشريعة منطقية في هذا التوسع ؛ لأن الشرائع والقوانين جميعا بل واتفاقات الأفراد تفترض أن ما يفرضه العرف يجب اتباعه ؛ ولا معنى لأن ينص في الاتفاقات على واجبات مقررة بمقتضى العرف ومتعارف عليها من الجميع ؛ فإذا سئل الشخص عن واجب يفرضه اتفاق فأولى به أن يسأل عن واجب يفرضه العرف — ٢٣ — ويعترف به الناس دون حاجة لاتفاق أو إثبـــات •

وتمتاز الشريعة الإسلامية على القوانين الوضعية بأنها عرفت هذه النظرية من القرن السابع ، بينما لم تبدأ القوانين الوضعية بمعرفتها إلا في القرن التاسع عشر ، فكأن القوانين لم تجيء الا بما سبقتها اليه الشريعة •

---

٢٣ — فان الاتفاقات العرفية العامة تعتبر اتفاقات مدرجة في العقد وان لم يصرح بها لدلالة الحال العام عليها وانما تسقط قيمتها فيما اذا أقام المتعاقدان دليلاً على التجرد عنها واخراجها من حسابها في التعاقد •

المبحث الثاني

في تقسيم الجرائم بحسب كيفية ارتكابها

جرائم بسيطة . وجرائم اعتياد

٦٢ — تنقسم الجرائم في الشريعة بحسب كيفية ارتكاب الجاني لها إلى جرائم بسيطة وجرائم اعتياد :

الجريمة البسيطة ! —

هي التي تتكون من فعل واحد كالسرقة والشرب ، ويستوي أن تكون الجريمة مؤقتة أو مستمرة ، وجرائم الحدود والقصاص أو الدية كلها جرائم بسيطة .

الجريمة الاعتيادية : — ٢٤ —

هي التي تتكون من تكرر وقوع الفعل ، أي أن الفعل بذاته لا يعتبر جريمة ، ولكن الاعتياد على ارتكابه هو الجريمة .

وجرائم الاعتياد توجد بين جرائم التعازير . ويستدل عليها من النص

---

٢٤ — مثالها في الفقه الجعفري جريمة الأصرار على الصغائر ، فان الاصرار عليها معصية كبيرة ، وكل كبيرة فيها التعزير وكذلك أيضاً الاعتياد على جرائم معينة كجريمة قتل أهل الذمة ، فان الاعتياد عليها يعتبر جريمة أخرى لها عقاب خاص كما سنشرحه في الموضع المناسب ان شاء الله تعالى .

المحرم للفعل ؛ فإن كان يشترط للعقاب اعتياد الفعل فالجريمة جريمة عادة . وإن كان يكتفي بمجرد وقوع الفعل فالجريمة بسيطة .

والأصل أن التعزير يكون على فعل المحرمات وترك الواجبات وهذا متفق عليه ؛ إلا أنهم اختلفوا في التعزير على فعل المكروه وترك المندوب [١] ، — ٣٥ — فرأى بعضهم أن لا عقاب على فعل مكروه أو ترك مندوب إطلاقا [٢] . ورأى بعضهم العقاب على فعل المكروه وترك المندوب [٣] كلما دعت الى ذلك

(١) المكروه هو ما طلب من المكلف الكف عنه طلبا غير حتم — والمندوب هو ما طلب فعله من المكلف طلبا غير حتم .

(٢) الأحكام فى أصول الاحكام لابن حزم جزء ثالث ص ٢١ ، ٢٢ — الاقناع الجزء الرابع ص ٢٧٠ ، ٢٧١ — مواهب الجليل الجزء السادس ص ٣٢٠ بدائع الصنائع الجزء السابع ص ٦٣ .

(٣) المستصفي للغزالي ص ٧٥ ، ٧٦ تحفة المحتاج الجزء الثامن ص ١٨ — مواهب الجليل الجزء السادس ص ٣٢٠ — تبصرة الحكام الجزء الثاني ٢٥٩ ، ٢٦٠ — الأحكام السلطانية ص ٢١٢ .

٢٥ — الاستحباب والكراهة يمتازان على الوجوب والحرمة باذن الشارع في ترك المستحب وفعل المكروه ، وما يأذن الشارع به لا يمكن ان يعاقب عليه ، وانما يمكن العقاب على شيء لم ترد فيه رخصة كترك الواجب والأتيان بالمحرم ، وعلى هذا الاساس فالمداومة على ترك المستحب والأتيان بالمكروه لا يمكن أن يعاقب عليها الشارع ، لأنها مداومة على شيء مأذون فيه ، فمن المستحيل ان تكون سببا للعقاب بصفتها مداومة على ترك المستحب أو الاتيان بالمكروه ، وانما يعاقب عليها أحيانا اذا كانت المداومة على ذلك محرمة بدليل خاص ، كما قد يفهم ذلك من بعض الاحاديث المرويه عن أهل البيت (ع) الدالة على معاقبة التارك لجماعة المسلمين .

المصلحة [١] .

والذين يرون العقاب على ترك المندوب وإتيان المكروه يشترطون أن يتكرر الترك أو الإتيان ، فإذا لم يتكرر فلا عقاب ، وإذن فهم لا يجعلون العقاب على التكرار الذي يدل على أن الجاني جعل الفعل أو الترك عادة وإلفاً له ، ويعتبرون أن العادة قد تكونت اذا حصل الفعل أو الترك مرة ثانية، أي أن العادة — ٣٦ — عندهم تتكون من مرتين [٢] وعلى هذا فكل مكروه أو مندوب عوقب عليه فهو من جرائم العادة .

٦٣ — أهمية هذا التقسيم :

تظهر أهمية تقسيم الجرائم الى جرائم بسيطة وجرائم اعتياد من الوجوه الآتيــة :

(١) يطلق بعض هذا الفريق عبارته بحيث توهم أن اتيان المكروه وترك المندوب يعاقب عليه بصفة مطلقة ، ولكنهم فى الواقع لا يقصدون هذا ؛ لأن القاعدة العامة فى التعزير أنه مقيد بالمصلحة العامة ، ولذلك أجيز لولي الأمر فى جرائم التعزير العفو عن العقوبة ، وعلى هذا تكون تلك العبارات المطلقة مقيدة بهذه القاعدة العامة .

(٢) مواهب الجليل الجزء السادس ص ٣٢٠ — الأحكام السلطانية ص ٢١٣

٢٦ — أما موقف الفقهاء الجعفريين من العادة فيتلخص في القول بأن العدد الذي تحصل به العادة وتتكون منه عرفاً ، فالعرف هو المقياس ، وقد احتمل بعضهم أن هذا العدد هو إثنان غير أن الرأي المعروف الذي أكده صاحب الجواهر وصاحب الروضة (قدس سرهما) هو أن العادة لا تتكون إلا بثلاث مرات وليس بمرتين لأن المرة الثانية وان كانت عود الى الفعل ، ولكن ليس كل عود يعتبر اعتياداً في العرف العام وأنما يوجد الاعتياد اذا تكرر العود ، والعود انما يتكرر في المرة الثالثة .

أولا من حيث مبدأ سريان التقادم : — ٢٧ — في الجرائم البسيطة تبدأ المدة المسقطة للدعوى من يوم ارتكاب الجريمة إن كانت مؤقتة ، ومن يوم انتهاء الحالة المحرمة ان كانت غير مؤقتة . أما في جرائم العادة فالمدة المسقطة تبدأ من تاريخ وقوع الفعل الأخير المكون للعادة .

ثانياً — من حيث الاختصاص : يكون الاختصاص في الجريمة البسيطة للمحكمة التي وقع في دائرتها الفعل المكون للجريمة إذا كانت الجريمة مؤقتة، فإن كانت مستمرة أو متجددة فالاختصاص لكل محكمة استمر في دائرتها الفعل أو تجدد . ويكون الاختصاص في جريمة العادة للمحكمة التي وقع في دائرتها الفعل الأخير المكون للعادة [1] — ٢٨ — .

---

(١) يرى بعض الشراح الفرنسيين أن الاختصاص يكون للمحكمة التي يقيم الجاني فى دائرتها اذا كان العمل المكون للعادة قد وقع وحده فى دائرة محكمة غير التي وقع فيها الفعل الآخر اذ لا يمكن أن يعتبر محلا للجريمة الا المكان الذي تقع فيه أفعال كافية لتكوين العادة ، فاذا لم تتوفر بالعادة فى مكان معين فانها تتوفر فى شخص الجاني ومن ثم ترفع عليه الدعوى فى محل اقامته .

---

٢٧ — انما تظهر أهمية التقسيم من هذه الناحية اذا أخذنا بهذا المبدأ القائل بسقوط الدعوى عند مرور مدة معينة ، وسنعرض لرأي الفقه الجعفري في هذا المبدأ حين يبحثه المؤلف .

٢٨ — ليس من الضروري ان تختص صلاحيات المحكمة بالجريمة التي وقعت في دائرة معينة ، أو بالاشخاص الذين يعيشون ضمن تلك الدائرة ، بل تحدد صلاحيات الحاكم وفقاً للمدى الذي سمح ولي الأمر له بممارسة عمله فيه ، فقد يجعل من صلاحيته الحكم في أية واقعة كانت بقطع النظر عن مكان الجريمة ومسكن المجرم ، وقد يحدد صلاحياته تبعاً لما يراه من المصلحة العامة ، وقد ثبت بالدليل أن الامام قد اعطى كل

ثالثاً — من حيث تطبيق قواعد التداخل : — ٢٩ — الحكم في جريمة عادة يمنع من محاكمة الجاني على الأفعال السابقة ولو لم تدخل في المحاكمة الأولى ، لان قواعد الشريعة لا تسمح بتعدد العقوبة على الجرائم التي من نوع واحد والتي لم يحكم فيها بعد وتكتفي بعقوبة واحدة عنها جميعا طبقا لقواعد التداخل . والقوانين الوضعية تصل الى هذه النتيجة نفسها بتطبيق قاعدة قوة الشيء المحكوم فيه .

وإذا حوكم الجاني مرة فمن المنطق أن لا يحاكم مرة ثانية الا اذا وقع منه أكثر من فعل واحد من الأفعال التي تكون العادة ، لأن العقوبة مقررة على الاعتياد على الفعل المحرم لا على الفعل ذاته ، وهذا هو الرأي الذي تأخذ به محكمة النقض المصرية .

مجتهد عادل صلاحية الحكم في أية واقعة بصورة مطلقة ، فله أن يمارس صلاحياته تجاه أي واقعه كانت ، إلا اذا أقتضت المصلحة العامة تحديد منطقة عمله ضبطا للنظام ، فلولي الامر عندئذ إلزامه بالتزام منطقة معينة .

٢٩ — لا مجال هنا لتطبيق قانون التداخل ، لأن كل فعل من الافعال التي تتكون منها العادة ان كان عملا محرماً ، وجريمة شرعية ، فيجب أن يعاقب المعتاد على كل فعل بالعقاب المقرر له ، ويعاقب على الاعتياد بصفته جريمة أخرى ، ولا دليل من الشرع على التداخل ، واما اذا كان كل فعل من الافعال التي كونت الاعتياد سائغاً او لم يكن — على اقل تقدير — جريمة قرر لها عقاب معين فلا يعاقب الفاعل إلا على الاعتياد لا لتطبيق قواعد التداخل ، بل لانه لم تصدر منه الا جريمة واحدة وهي الاعتياد .

٦٤ ـ الشريعة والقوانين الوضعية :

تتفق الشريعة والقوانين الوضعية في تقسيم الجرائم إلى جرائم بسيطة وجرائم عادة ، وتتفق معها في تعريف جريمة العادة ،وفي أن العقاب على الاعتياد ، وفي مصر استقر الفقه والقضاء على أن العادة تتكون من وقوع الفعل أو الترك مرتين . — ٣٠ —

٦٥ ـ الجرائم التي تتكون من أفعال متلاحقة :

قد يرتكب الجاني عدة أفعال من نوع واحد تنفيذاً لغرض جنائي واحد فيسرق أمتعة من مسكن على عدة دفعات . أو يضرب شخصاً ضربات متعددة. وحكم هذه الأفعال المتعددة المتلاحقة طبقاً للشريعة الإسلامية أنها جريمة واحدة ويعاقب عليها بعقوبة واحدة فمن سرق منزلا على دفعتين أو أكثر يعتبر مرتكبا لجريمة سرقة واحدة .

ومن ضرب شخصا أكثر من ضربة يعتبر مرتكبا لجريمة ضرب واحدة .

٦٦ ـ الفرق بين الافعال المتلاحقة وجريمة العادة والجريمة غير المؤقتة :

تختلف الأفعال المتلاحقة عن جريمة العادة في أن الأفعال المتعددة المكونة لجريمة العادة لا يعاقب على فعل واحد منها لأنه لا يكون الجريمة ، — ٣١ —

---

٣٠ ـ مر بنا أن بعض فقهاء الأمامية احتمل أن التكرر مرتين يوجد العادة غير أن الرأي المعروف هو انها لا تكون إلا بالمرة الثالثة .

٣١ ـ الافعال المتعددة المكونة لجريمة العادة ، وأن كان لا يعاقب على واحد منها باللون الخاص من العقاب المقرر لجريمة العادة ، لأن الفعل الواحد

أما في الافعال المتلاحقة فيعاقب على أي فعل منها ، لأنه يكون الجريمة دون حاجة لوقوع غيره ، فمن أنتوى أن يسرق بيتاً على عدة مرات ثم دخله فأخذ بعض الأمتعة على أن يعود ليأخذ بعضا آخر . ولكنه لم يعد يعتبر مرتكبا لجريمة السرقة ، كما لو عاد وأخذ أمتعة في مرة أخرى أو أكثر .

وتختلف الأفعال المتلاحقة عن الجريمة غير المؤقتة . لأن الجريمة المكونة من أفعال متلاحقة تتعدد فيها الافعال ، ولكن كل فعل منها منفصل عن الآخر بينما الجريمة غير المؤقتة تتكون من فعل واحد أو امتناع يستمر حدوثه وقتاً طويلا أو يتجدد حدوثه ذلك الوقت .

٦٧ — العلة فى اعتبار الافعال المتلاحقة جريمة واحدة :

تعتبر الأفعال المتلاحقة مكونة لجريمة واحدة على تعددها وانفصالها لأن قواعد الشريعة الإسلامية لا تسمح بتعدد العقوبة على الجرائم التي من نوع واحد . — ٣٢ — وتكتفي بعقوبة واحدة عليها طبقاً لقاعدة التداخل ،

لا يكون عادة حتى يعاقب عليه بعقاب جريمة العادة ، غير أنه من الممكن أن يكون كل فعل من الافعال التي تتكون منها العادة جريمة لها عقاب خاص ، كقتل الذمي فان قتله جريمة قرر لها عقاب معين في الشرع ، والاعتياد على هذه الجريمة ، جريمة أخرى لها عقاب آخر ، ففي مثل ذلك يعاقب المجرم بعقاب العادة كما يعاقب على كل فعل من الافعال التي تكونت منها العادة بالطريقة المقررة في الشرع .

٣٢ — الجرائم التي من نوع واحد قد يعتبر في العرف كل واحد منها فعلا مستقلا يحقق الجريمة بذاته كما اذا سرق اللص من شخص في كل ليلة ديناراً فان الاستيلاء على دينار في كل ليلة يعتبر جريمة لانه سرقة

وهذا يقتضي من باب أولى اعتبار الافعال المتلاحقة الصادرة تنفيذا لغرض جنائي واحد جريمة واحدة . كما إن وقوع هذه الافعال تنفيذاً لفكرة واحدة ولغرض جنائي واحد يجعل منها جريمة واحدة .

المبحث الثالث

تقسيم الجرائم بحسب كيفية ارتكابها

جرائم مؤقتة — وجرائم غير مؤقتة

٦٨ — سكوت الفقهاء عن هذين النوعين من الجرائم :

لم يذكر الفقهاء شيئا عن تقسيم الجرائم إلى جرائم مؤقتة وجرائم غير مؤقتة ، — ٣٣ — وعلة ذلك كما يبدو لنا أن الفقهاء يهتمون فقط بجرائم

فيجب أن يعاقب على سرقة كل دينار ، واما اذا كانت الاعمال التي قام بها المجرم متشابكة متلاحقة لدرجة غدت عملاً واحداً كما اذا سرق اللص عدة دنانير باعمال متتابعة في وقت واحد ، فان ذلك يعد سرقة واحدة عرفا فيعاقب بعقاب واحد وبكلمة مختصرة : متى ما تكرر فعل الجريمة في العرف العام تعدد العقاب ، ومتى ما كانت مجموعة افعال المجرم تعتبر عملية واحدة عرفاً ، فالعقاب واحد أيضاً .

٣٣ — وإنما لم يذكر الفقهاء هذا التقسيم نظراً الى عدم ترتب أثر مهم عليه — كما سيأتي — وقد اكتفوا لأجل ذلك بايضاح احكام المصاديق التي تندرج في الجريمة المؤقتة وغير المؤقتة .

الحدود وجرائم القصاص والدية ، لأنها جرائم ثابتة لا تتغير الافعال المكونة لها ، ولا تتغير العقوبات المقررة عليها ، وهذه الجرائم كلها مؤقتة وليس فيها جريمة واحدة غير مؤقتة ، فلم يكن هناك إذن ما يدعو للتفرقة بين الجريمة المؤقتة والجريمة غير المؤقتة .

أما جرائم التعازير فبعضها مؤقت وبعضها غير مؤقت ، ولكن الفقهاء جروا على إهمال بحث أحكام هذه الجرائم ، لأن للسلطة التشريعية سلطانا كبيراً فيها من حيث تحديد الأفعال المكونة لمعظمها ؛ وتعيين العقوبة الواجبة عليها ، وآراء السلطات التشريعيه في جرائم التعازير تختلف بأختلاف البلدان والعادات ، فما قد تبيحه سلطة تشريعية في بلد ما قد تحرمه سلطة أخرى في بلد آخر ، — ٣٤ — وما قد تعاقب عليه سلطة تشريعية من وجه قد

---

٣٤ — تنقسم الافعال التي تسمح الشريعة بالتعزير عليها الى انحاء ثلاثة .

الاول : كل فعل محرم في نصوص الشريعة ، وقد أمرت الشريعة بالتعزير عليه كالاضطجاع مع الأجنبية — مثلاً — ولا تملك السلطة الحاكمة إزاء هذه الافعال الا صلاحية تحديد العقوبة وليس من حقها أن تبيح الفعل أو تلغي العقوبة عنه ، فالاختلاف بين السلطات لا يوجد في هذا النحو إلا بالنسبة الى كمية العقاب التي تقررها كل سلطة حسب اجتهادها .

الثاني : كل فعل حرمه الشارع ولم يفرض عليه عقاباً وانما أسند الى السلطة الحاكمة الاجتهاد في ذلك ، فللسلطة هنا أن تبت في اصل وضع العقاب وفي كميته ، وقد تختلف السلطات حينئذ في وضع العقاب وعدمه .

الثالث : كل فعل لم يحرم في أصل الشرع وانما أعطت الشريعة

تعاقب عليه سلطة أخرى من وجه آخر ، ولهذا كله لم يهتم الفقهاء ببحث التعازير بحثاً مفصلاً كما أهتموا بجرائم الحدود ، واكتفوا ببحث بعض الأحكام المهمة الثابتة التي لا تتغير بتغير البلاد والسلطات .

أما الآن وقد أصبحنا نحرص على بيان أحكام الجرائم عامة سواء كانت تعازير أو غير تعازير ، فليس ثمة ما يمنع من التعرض لبحث الجرائم المؤقتة وغير المؤقتة .

٦٩ — جرائم التعازير مؤقتة وغير مؤقتة :

والظاهر من تتبع جرائم التعازير أنها تنقسم بحسب الوقت الذي يستغرقه وقوعها الى جرائم مؤقتة وجرائم غير مؤقتة :

فالجرائم المؤقتة هي التي تتكون من فعل أو امتناع يحدث في وقت محدود ولا يستغرق وقوعها أكثر من الوقت اللازم لوقوع الفعل أو قيام حالة الامتناع ، مثل جريمة السرقة فإنها تتم بمجرد وقوع الفعل أي أخذ الشيء خفية ، ومثل جريمة الشرب فإنها تتم بمجرد شرب الخمر ، ومثل جريمة كتمان الشهادة فإنها تتم بمجرد الامتناع عن أداء الشهادة .

والجرائم غير المؤقتة هي التي تتكون من فعل أو امتناع قابل للتجدد أو الاستمرار فيستغرق وقوعها كل الوقت الذي تتجدد فيه الجريمة أو تستمر ، ولا تعتبر الجريمة منتهية إلا بإنتهاء حالة التجدد أو الاستمرار .

لولي الامر القدرة على المنع عنه تبعاً للمصالح العامة ، فاذا منع عنه ولي الأمر اصبح محرما بهذا الاعتبار ، وكان للسلطة فرض العقاب عليه بالنحو الذي تراه ، وفي هذا القسم تختلف السلطات في إباحة الفعل وتحريمه وفقاً لظروفها ، كما قد تختلف في وضع العقاب عليه أو كميته .

ومثال ذلك حبس شخص دون حق . والامتناع عن إخراج الزكاة ، والامتناع عن تسليم طفل الى حاضنه ، والامتناع عن أداء الدين مع القدرة عليه .

٧٠ — مقياس التمييز بين الجريمة المؤقتة وغير المؤقتة :

ونصوص التشريع هي وحدها التي تبين ان كانت الجريمة مؤقتة أم غير مؤقتة ، لأن هذه النصوص تعرف الجريمة وتبين ركنها المادي فتميزها بذلك عن غيرها . فإن كان الفعل أو الامتناع يقع وينتهي بمجرد ارتكاب الفعل أو قيام حالة الامتناع فالجريمة مؤقتة ، وإن كان الفعل أو الامتناع يكون حالة مستمرة الحدوث أو التجدد فالجريمة غير مؤقتة .

وينبغي في هذا المقام أن نميز بين استمرار الجريمة واستمرار نتيجتها ، فالسرقة تتم بأخذ الشيء خفية فهي جريمة مؤقتة ، وبقاء المسروقات بعد ذلك تحت يد السارق ليس استمرار للسرقة ، وإنما هو استمرار لنتيجتها ، وجريمة الشرب تتم بتناول الخمر فهي جريمة مؤقتة ، فإذا سكر الشارب فإن سكره لا يعتبر استمراراً للجريمة ، وإنما هو استمرار لنتيجتها ، اذ السكر نتيجة الشرب ، والضرب والجرح جريمة مؤقتة تتم بمجرد وقوع الضرب وحدوث الجرح ، فإذا بقي المجنى عليه تحت العلاج مدة ما فذلك ليس استمرارا للجريمة ، وانما هو أثر من آثار الجريمة ونتيجة لها .

٧١ — تقسيم الجرائم غير المؤقتة :

تنقسم الجرائم غير المؤقتة الى جرائم متجددة وجرائم مستمرة (١) .

---

(١) فضلنا أن نقسم الجرائم الى مؤقتة وغير مؤقتة والأخيرة الى متجددة ومستمرة . وهذا مخالف لما جرى عليه الشراح من تقسيم الجرائم الى مؤقتة ومستمرة ، وتقسيم المستمرة الى جرائم مستمرة استمراراً متجدداً . وجرائم مستمرة استمراراً تاماً . وقد دعانا الى مخالفة الشراح أن الألفاظ التي استعملناها ادق وأكثر انطباقا على المعاني المقصودة .

فالجريمة المتجددة : هي التي يتوقف فيها استمرار الجريمة على تدخل إرادة الجاني تدخلا متكررا مقصودا . كالامتناع عن أداء الزكاة ، أو عن تسليم المحضون لحاضنه . وكإحراز سلاح دون رخصة . ففي هذه الحالات يأتي الجاني الفعل أو يمتنع عنه . وتبقى جريمته قائمة ما بقي محرزا للسلاح. أو ممتنعا عن أداء الزكاة أو تسليم الطفل . ولكن بقاء الجريمة يتوقف على إرادة الجاني الذي يرى أن يبقى محرزا للسلاح دون ترخيص . أو ممتنعا عن أداء الزكاة أو تسليم الطفل لحاضنه .

والجرائم المستمرة هي التي لا يتوقف استمرار الجريمة فيها على تدخل إرادة الجاني ، بل يستمر الفعل المكون للجريمة دون حاجة لتدخل ارادة الجاني . كحفر بئر في الطريق . واقامة بناء في ملك الغير . أو خارجا عن خط التنظيم .

٧٢ ـ أهمية تقسيم الجرائم الى مؤقتة وغير مؤقتة :

لهذا التقسيم أهمية من عدة وجوه نبسطها فيما يلي :

أ ـ من حيث الاختصاص : ـ ٣٥ ـ فالمحكمة المختصة بمحاكمة الجاني على الجريمة المؤقتة هي المحكمة التي وقع في دائرتها الفعل المكون للجريمة ، لأن القضاء يتخصص بالزمان والمكان . أما المحكمة المختصة بمحاكمة الجاني على الجريمة غير المؤقتة ، فهي كل محكمة وقع في دائرتها الفعل المتجدد أو المستمر ، ولما كان من الممكن أن يقع هذا الفعل في أمكنة متعددة فمعنى ذلك

---

٣٥ ـ ليس من الضروري كما ألمعنا سابقا أن تختص صلاحيات المحكمة بالجريمة التي وقعت في دائرتها بل تحدد صلاحيات الحاكم وفقا للمدى الذي سمح ولي الامر له بممارسته فلا أهمية للتقسيم من هذه الناحية.

أن المحاكم المختصة بنظر الجريمة غير المؤقتة يصح أن تكون أكثر من محكمة واحدة •

ب — من حيث التقادم : — ٣٦ — ففي الجريمة المؤقتة تحسب المدة المسقطة للدعوى العمومية من وقت ارتكاب الجريمة ، وفي الجريمة غير المؤقتة تحسب المدة من انتهاء حالة التجدد أو الاستمرار •

ج — من حيث تطبيق التشريعات الجديدة : لا تسري التشريعات الجديدة على ما يقع قبلها من الجرائم المؤقتة ، ولكنها تسري على الجرائم غير المؤقتة التي بدأت قبل صدور التشريعات الجديدة ، اذا ظلت حالة التجدد أو الاستمرار قائمة الى ما بعد العمل بهذه التشريعات •

د — من حيث قوة الشيء المقضي به : يعتبر الحكم في الجريمة المؤقتة صادراً عن الواقعة التي عرضت على المحكمة ، فإذا كانت هناك وقائع أخرى سابقة لم تعرض على المحكمة ، فلا يعتبر الحكم شاملا لها ، ولو كانت من نوع الواقعة التي صدر عنها الحكم ، وكذلك الحال في الوقائع التي حدثت بعد صدور الحكم •

واذا كانت الوقائع السابقة واللاحقة من نوع الواقعة المحكوم فيها ، جاز رفع الدعوى من جديد عن الوقائع اللاحقة ، وامتنع رفعها عن الوقائع السابقة ، والعلة في هذه التفرقة أن قواعد التداخل تنطبق على الوقائع السابقة ، وطبقا لهذه القواعد لا يجوز رفع الدعوى عن وقائع سابقة اذا كانت مماثلة للواقعة التي حكم فيها ، لأن العقوبة شرعت للتأديب والزجر ، ووضعت

٣٦ — انما تظهر أهمية هذا التقسيم من هذه الناحية اذا أخذنا بالمبدأ القائل بسقوط الدعوى بالتقادم وسنعرض لرأي الفقه الجعفري في ذلك حين يبحثه المؤلف •

على أنها تكفي لتحقيق هذين المعنيين فلا حاجة اذن لتعدد العقوبات إلا اذا وقعت وقائع جديدة بعد توقيع العقوبة (١) — ٣٧ — •

أما في الجرائم غير المؤقتة ، فيعتبر الحكم شاملا لجميع الوقائع السابقة على رفع الدعوى ، ولو لم تعرض بعض هذه الوقائع على المحكمة ؛ لأن كل الوقائع تكون جريمة واحدة ، ومن ثم فلا يجوز رفع الدعوى من جديد عن الوقائع التي لم تعرض على المحكمة ما دامت سابقة على صدور الحكم • أما الوقائع اللاحقة لصدور الحكم ، فهذه يجوز رفع الدعوى من جديد عنها إذا كانت الجريمة من الجرائم المتجددة ، — ٣٨ — ولا يجوز رفع الدعوى عنها اذا كانت من الجرائم المستمرة •

٧٣ — بين الشريعة والقوانين الوضعية !

تتفق الشريعة مع القوانين الوضعية فيما ذكرناه عن تقسيم الجرائم إلى مؤقتة وغير مؤقتة ، كما تتفق معها فيما يترتب على التقسيم ، ولكن النظرية السائدة في القوانين الوضعيه تقضي بأنه يمكن العقاب على الوقائع السابقة على الواقعة التي صدر الحكم فيها اذا كانت الجريمة مؤقتة لأن الحكم ليس حجة إلا فيما يختص بالواقعة المحكوم فيها ، وعلة الاختلاف أن الشريعة تأخذ بنظرية التداخل ، وهي نظرية لم تعرفها القوانين الرضعية بعد ، وان كان بعض الشراح قد عرفوها ونادوا بها ، كما سيتبين لنا عند الكلام على هذه

(١) راجع الفقرة ٥١ .

٣٧ — يقصد المؤلف بهذه الوقائع الاحداث التي تتكون منها الجريمة غير المؤقتة ، واما ما سبق هذه الاحداث من جرائم غير مؤقتة من النوع نفسه فلا يمكن رفع الدعوى عنها لأجل قاعدة التداخل •

٣٨ — لأن استمرار الجريمة غير متوقف على ارادة الجاني •

النظرية ــ ٣٩ ــ ٠

الفصل الخامس

المبحث الاول

في تقسيم الجرائم بحسب طبيعتها الخاصة

جرائم ضد الجماعة ــ وجرائم ضد الأفراد

٧٤ ــ تنقسم الجرائم بحسب طبيعتها الخاصة إلى جرائم ضد الجماعه وجرائم ضد الأفراد ٠

الجرائم التي تقع ضد الجماعة : هي التي شرعت عقوبتها لحفظ صالح الجماعة ، سواء وقعت الجريمة على فرد ، أو على جماعة أو على أمن الجماعة ونظامها ٠ ويقول الفقهاء : إن عقوبة هذا النوع من الجرائم شرعت حقا لله تعالى (١) ومعنى هذا الاصطلاح أنها شرعت لحماية الجماعة ، ولكنهم يجعلون العقوبة حقاً لله ، إشارة الى عدم جواز العفو عنها ، أو تخفيفها ، أو ايقاف تنفيذها ــ ٤٠ ــ ٠

---

(١) بدائع الصنائع الجزء السابع ص ٣٣ ؛ فتح القدير الجزء الرابع ص ١٢

٣٩ ــ وسنذكر رأي الفقه الجعفري حينئذ ٠

٤٠ ــ بلا خلاف في ذلك بين فقهاء المذهب الجعفري ما لم يتب المجرم أو ينكر الجريمة بعد ثبوتها بالأقرار ، أما مع توبة المجرم قبل ثبوت الجريمة فالمعروف بينهم هو سقوط الحد عنه ، اما اذا تاب بعد ثبوت الجريمة بالبينة فلا يسقط عنه الحد ، واما بعد ثبوت الجريمة بالأقرار فالرأي السائد بينهم انها تؤثر تخير الحاكم الشرعي ما بين العفو وإقامة الحد ،

والجرائم التي تقع ضد الأفراد : هي التي شرعت عقوبتها لحفظ مصالح الأفراد ، ولو أن ما يمس مصلحة الأفراد هو في الوقت ذاته ماس بصالح الجماعة •

— والدليل على الفرق ما بين أقسام التوبة مذكور في كتبهم الفقهية وهو الموافق للذوق السليم ، فان التوبة المسقطة للحد هي الكاشفة عن ندم المجرم ولا ريب في أن التوبة قبل ثبوت الجريمة كاشفة عن ذلك دون ما اذا كان بعد الثبوت بالبينة فانها تكون غالباً للفرار من العقاب ، ولو أوجبت سقوط الحد لما أمكن اقامة أي حد من الحدود •

وأما التوبة بعد الثبوت بالاقرار فانها حد متوسط بين التوبتين لأن وقوعها بعد الثبوت يضعف ظهورها في الندم وان كان سبقها بالأقرار ، يقوّي ذلك الظهور ، فلذا كان تأثيرها هو تخير الحاكم الشرعي •

وتمتاز العقوبة المسماة بكونها حقاً لله وقد جعلت لعقاب من يجرم ضد الجماعة في نظر فقهاء المذهب الجعفري بأمور :

١ — عدم توقف الحكم بها على طلب أحد •

٢ — عدم جواز الحكم بها على غائب •

٣ — التشديد في شرائط البينة التي تقوم على اثباتها • وأدلة الامور المذكورة ذكرها الفقهاء في مؤلفاتهم الفقهية وهو الموافق للمصلحة حسبما يقتضيه المنطق السليم ، فان من البديهي أن العقوبة المذكورة ليست لمصلحة فرد خاص ليتوقف العقاب بها على طلبه وان تأخيرها المسبب عن اشتراط حضور المجرم والتشديد في شرائط البينة لا يكون سبباً لضرر أحد وتفويتاً لحقه ، وانما يؤثر التأخير التأمين من انزال العقوبة بالبريء •

وتعتبر جرائم الحدود من الجرائم الماسة بمصلحة الجماعة ، ولو أنها في الغالب تقع على أفراد معينين ، وتمس مصالحهم مساسا شديداً ، كالسرقة والقذف ، وليس في اعتبارها ماسة بالجماعة إنكار لمساسها بالأفراد ، وانما هو تغليب لمصلحة الجماعة على مصلحة الأفراد ، بحيث لو عفا الفرد لم يكن لعفوه أثر على الجريمة أو العقوبة .

وجرائم القصاص والدية من الجرائم التي تقع على الأفراد ، وليس معنى ذلك أنها لا تمس الجماعة وإنما معناه تغليب حق الفرد على حق الجماعة ، فللفرد أن يتنازل عن القصاص والدية ، وهما العقوبتان المقررتان أصلا للجريمة ، وقد أعطي له حق التنازل لأن الجريمة تمسه مساسا مباشراً ، — ٤١ — فإذا تنازل عن العقوبة — ٤٢ — لم يترك الجاني ، وإنما يعاقب بعقوبة تعزيرية حفظاً لمصلحة الجماعة التي مست مساسا غير مباشر — ٤٣ — .

وجرائم التعازير بعضها يمس مصلحة الجماعة ، وبعضها يمس مصلحة الأفراد والجماعة على المعنى الذي شرحناه سابقا .

وتمتاز العقوبة المذكورة أيضا في نظر بعض فقهاء المذهب الجعفري بأن للحاكم الشرعي أن يحكم فيها بعلمه دون سواها ، ولكن الرأي السائد بينهم وهو الأرجح بحسب البرهان هو جواز حكمه بعلمه في كلتا العقوبتين .

٤١ — بلا خلاف في ذلك بين فقهاء المذهب الجعفري إلا في فرض أن تكون الجريمة هي القذف الصادر من الزوج في حق زوجته ، فقد ذهب بعضهم الى أنه ليس للزوجة حق التنازل .

٤٢ — من له حق التنازل .

٤٣ — اذا رأى الحاكم المصلحة في ذلك .

والواقع أن كل جريمة تمس مصلحة الجماعة تمس في النهاية مصلحة الأفراد ، وكل جريمة تمس مصلحة الأفراد تمس في النهاية مصلحة الجماعة ، ولو كان محل الجريمة حقاً خالصا للفرد ، وفي هذا يقول أحد الفقهاء : « ما من حق لآدمي إلا ولله فيه حق ، اذ من حق الله على كل مكلف ترك أذاه لغيره »(١) فإذا أعتبرت الشريعة بعض الجرائم ماسة بمصلحة الجماعة فذلك لأنها تمس مصلحة الجماعة أكثر مما تمس مصلحة الفرد ، وإذا أعتبرت بعض الجرائم ماسة بمصلحة الأفراد فذلك لأنها تمس مصلحة الأفراد أكثر مما تمس مصلحة الجماعة .

المبحث الثاني

في تقسيم الجرائم بحسب طبيعتها الخاصة
جرائم عادية وجرائم سياسية — أي بغي

٧٥ — التفرقة بين الجرائم العادية والجرائم السياسية — ٤٤ — .

فرقت الشريعة من يوم وجودها بين الجرائم العادية وجرائم البغي أي الجرائم السياسية ، ولكن الشريعة راعت في هذه التفرقة مصلحة الجماعة وأمنها ، والمحافظة على نظامها وكيانها ، فلم تعتبر كل جريمة ارتكبت لغرض سياسي جريمة سياسية ، وإن كانت قد أعتبرت بعض الجرائم العادية التي ترتكب في ظروف سياسية معينة جرائم سياسية .

(١) الجزء الثامن من شرح الزرقاني على مختصر خليل ص ١١٥ .

٤٤ — لا يكفي لكي تكون الجريمة سياسية أن يتوفر في دوافعها العنصر السياسي بل لابد في الجريمة السياسية من شرائط معينة كما يأتي ، فلذا لزم بيان الفرق بينها وبين سواها .

ولا تختلف الجريمة السياسية عن الجريمة العادية في طبيعتها ، فكلاهما تتفق مع الأخرى في المحل والنوع والوسائل وإنما يختلفان في البواعث التي تبعث عليهما فالجريمة السياسية ترتكب لتحقيق أغراض سياسية ، أو تدفع اليها بواعث سياسية . أما الجرائم العادية فالأصل فيها أن تكون بواعثها عادية ، ولكن ليس ثمة ما يمنع من أن تدفع اليها بواعث سياسية ، ومعنى هذا أن الجريمة العادية تختلط أحيانا بالجريمة السياسية ، ولهذا كان للتفريق بين الجريمتين أهمية كبرى .

٧٦ — متى توجد الجريمة السياسية :

ولا توجد الجريمة السياسية في الظروف العادية ، فكل جريمة وقعت في الأحوال العادية ، هي جريمة عادية مهما كان الغرض منها والدوافع إليها ، فمن يقتل رئيس الدولة لغرض سياسي اعتبرت جريمة عادية ، ولو كان القاتل نفسه من المشتغلين بالسياسة ، ما دام أن القتل وقع في أحوال عادية ، ولقد قتل عبد الرحمن بن ملجم عليا بن أبي طالب خليفة المسلمين لتحقيق غرض سياسي ، فاعتبر القتل عاديا بالرغم من أن القاتل من الخوارج [١] ، وهذا هو رأي عليّ نفسه ، والرأي الذي أخذ به العلماء من بعده فإنه قال لولده الحسن : « أحسنوا إساره ، فإن عشت فأنا ولي دمي ، وان مت فضربة كضربتي » ولو لم يكن القتل عاديا لما أعتبر نفسه ولي الدم ، إن شاء عفا وان شاء اقتص ، ولما طلب من الحسن أن يقتص بضربة كضربته [٢] — ٤٥ — .

(١) الخوارج فئة كانت تناهض عليا ولا تراه صالحا للخلافة .

(٢) الشرح الكبير الجزء العاشر ص ٥٢ .

٤٥ — فإن هذا يدل على ان جريمة ابن ملجم على عظمها وشناعتها بالدرجة التي جعلته أشقى الآخرين كما في الأخبار لم تكن جريمة سياسية بالمعنى

وإنما توجد الجريمة السياسية في الظروف غير العادية ، وعلى وجه التحديد في حالة الثورة ، وفي حالة الحرب الأهلية ، فإذا ثار فريق من الرعية على الدولة وإذا قامت حرب بين الدولة وبين بعض رعاياها الخارجين عليها . أمكن أن توجد الجريمة السياسية اذا توفرت شروط معينة في الثوار أو المحاربين ، فإذا لم تتوفر هذه الشروط ، أو توفرت ولكن لم توجد حالة الثورة أو الحرب ، فالجرائم التي تقع لا يمكن أن تكون جرائم سياسية ، وإنما هي جرائم عادية .

٧٧ ـ المجرمون السياسيون :

تسمى الجريمة السياسية في اصطلاح الفقهاء « البغي » ويسمى المجرمون السياسيون البغاة أو الفئة الباغية » ـ ٤٦ ـ .

المصطلح للفظ غير اننا لا يمكن أن نجعل من ذلك دليلاً على عدم تحقق الجريمة السياسية في الظروف العادية ، لأن الظروف التي مارس فيها ابن ملجم جريمته الكبرى وان كانت ظروفاً عادية ولكن نلاحظ من المجرم نفسه أنه لم يكن ذا شوكة ، فكما يمكن أن يكون السبب في عدم اعتبار جريمته جريمة سياسية الظرف العام للجريمة حيث كان ظرفا عادياً كذلك من الممكن أن يرجع السبب الى حالة المجرم الخاصة وعدم كونه ذا شوكة .

٤٦ ـ البغي في عرف الفقه الجعفري هو الخروج عن طاعة الامام العادل كما في كتاب جواهر الكلام للفقيه الكبير الشيخ محمدحسن النجفي ، وكتاب المنتهى لآية الله العلامة الحلي ، غير أن الثاني أسقط لفظ العادل واطلق كلمة الأمام والمعنى واحد لأن الشيعة يشترطون في الأمام العصمة وفي نائبه العدالة ، فرئيس الدولة أو الامام لا يكون رئيسا شرعيا وإنما

والبغاة — ٤٧ — كما يعرفها الفقهاء « هم القوم الذين يخرجون على الإمام (١) بتأويل سائغ ولهم منعة وشوكة (٢) » أوهم : « فرقة من المسلمين خالفت الامام الأعظم (٣) أو نائبه لأحد شيئين : إما لمنع حق وجب عليها من زكاة أو حكم عليها من أحكام الشريعة المتعلقة بالله أو بآدمي (٤) ، أو الدخول تحت طاعته بالقول والمباشرة باليد لحاضر ، والإشهاد على الدخول لمن غاب

(١) رئيس الدولة أو حاكمها العام .

(٢) الشرح الكبير الجزء العاشر ص ٤٩ .

(٣) الخليفة أو الامام الذي ليس بعده امام أو الرئيس الأعلى للدولة الاسلامية .

(٤) الاحكام المتعلقة بالله هي الاحكام المتعلقة بصيانة صالح الجماعة والاحكام المتعلقة بآدمي هي ما وضع لصيانة مصلحة الأفراد .

اذا لم يكن عادلا ، والباغي هو من خرج على امام عادل وقاتله ومنع تسليم الحق اليه كما جاء في كتاب الخلاف لشيخ الطائفة محمد بن الحسن الطوسي رحمه الله .

٤٧ — البغاة كما يعرفها الفقهاء من الأمامية هم القوم الذين يخرجون على الامام العادل ويقاتلونه ويمتنعون من تسليم الحق اليه على أن تتوفر فيهم الشرائط التي سنمر بها قريباً .

ولفظ الامام عند الأمامية يعني أحد الائمة الأثني عشر من أهل البيت صلوات الله عليهم ، ولكن الباغي لا يختص بالخارج على أحدهم ، بل يشمل كل من خرج على حكومة اسلامية شرعية وإن كان يرأسها شخص آخر غير الامام بالنيابة عنه في حال الغيبة .

واما فقهاء أهل السنة والجماعة فقد عرفوا البغاة بما ذكره المصنف في الكتاب .

عنه إن كان كل منهما من أهل الحل والعقد ، واعتقاد ذلك ممن لا يعبأ به ولا يعرف فإنه حق لخبر « من مات وليس في عنقه بيعة مات ميتة جاهلية » . أو خالفته لخلعه (١) أي إرادتها خلعه أي عزله لحرمة ذلك عليهم وان جار » (٢) — ٤٨ — .

(١) الرأي الغالب فى المذاهب الاربعة أن الامام لا ينعزل بالظلم والفسق وتعطيل الحقوق ، ومن ثم فلا يجب الخروج عليه بقصد عزله وتولية غيره ؛ لأن اباحة الخروج عليه تدعو الى عدم الاستقرار وكثرة الفتن والثورات واضطراب أمور الناس — والأقلية ترى أن للأمة خلع الامام وعزله بسبب يوجبه ، وأنه ينعزل بالفسق والظلم وتعطيل الحقوق . فاذا وجد من الامام ما يوجب اختلال أموال المسلمين . وانتكاس أمور الدين كان للأمة خلعه كما كان لهم نصبه لانتظام شئون الامة وأعلائها ، واذا أدى خلعه الى فتنة أحتمل أدنى المضرتين ، وهناك من يرى خلعه اذا لم يستلزم فتنة . وروى عن مالك أنه قال : من قام على امام يريد ازالة ما بيده ان كان — أي المقوم عليه — مثل عمر بن عبد العزيز وجب على الناس الذب عنه والقيام معه أما غيره فلا ، دعه وما يراد منه ينتقم الله من ظالم بظالم . راجع شرح الزرقاني الجزء الثامن ص ٦٠ ؛ وحاشية ابن عابدين الجزء الثالث ص ٤٢٩ ، والاحكام السلطانية ص ١٤ ، والاقناع الجزء الرابع ص ٢٩٢ .

(٢) شرح الزرقاني على مختصر خليل الجزء الثامن ص ٦٠ .

٤٨ — كما يرى ذلك اكثر فقهاء المذاهب الاربعة ، واما عند فقهاء الجعفرية فالحاكم إن كان هو أحد الأئمة الاثني عشر فلا يمكن صدور الجور منهم لعصمتهم الثابتة بالادلة العقلية والنقلية المذكورة في علم الكلام ، وإن كان الحاكم من غيرهم في زمان غيبة قائمهم (ع) ، فلا خلاف بين فقهاء الجعفرية في انعزال الحاكم بالجور لأنه يصبح فاسقاً ويخرج عن العدالة التي تعتبر شرطا في الحاكم عندهم ويوافقهم على هذا الرأي الظاهرية وبعض المالكية كما سنعرف ذلك في الجزء الثاني من هذا الكتاب ويشهد لهذا الرأي مجموعة من النصوص رواها حفاظ أهل

وإذا كان الفقهاء قد اصطلحوا على تسمية فريق الخارجين بالبغاة ، فإنهم يسمون الفريق الآخر الذي لم يخرج عليه بأهل العدل .

٧٨ — الشروط التي يجب توفرها في المجرمين السياسيين أو البغاة :

نستطيع أن نستخلص من تعريف البغاة ومما سبق ، الشروط التي يجب توفرها في المجرم وعمله ليعتبر مجرما سياسيا أو باغيا :

أولا — الغرض من الجريمة : يشترط أن يكون الغرض من الجريمة إما عزل رئيس الدولة أو الهيئة التنفيذية ، وإما الامتناع عن الطاعة ، فإذا توفر الغرض على هذا الوجه مع توفر الشروط الأخرى كانت الجريمة سياسية

السنة والجماعة ، ففي الجزء الثالث من كنز العمال ص ١٧٢ عن عبدالله ابن مسعود أن رسول الله (ص) قال له : كيف بك يا أبا عبدالله إذا كان عليك أمراء يطفئون السنة ، ويؤخرون الصلاة عن ميقاتها ؟

قلت : فكيف تأمرني يارسول الله ؟ قال (ص) : يسألني ابن أم عبد كيف يفعل .. لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق .

وفي ص ١٧٠ من الكتاب نفسه عن حذيفة أن النبي (ص) قال : سيكون عليكم امراء يكذبون ويظلمون فمن دخل عليهم فصدقهم بكذبهم وأعانهم على ظلمهم فليس مني ولا أنا منه ، ولن يرد علي الحوض ، ومن لم يدخل عليهم ولم يصدقهم بكذبهم ولم يعنهم على ظلمهم فهو مني وأنا منه .

وروي ما يقرب من هذا عن خباب ، وابن عباس ، وأبي سعيد ، وابن عمر ، وكعب ، ومن الواضح أن الأمر بمقاطعة الحكام الجائرين يدل عرفاً على سقوطهم عن الحاكمية في نظر الشرع .

والمجرم سياسيا • أما إذا كان الغرض من الجريمة ــ ٤٩ ــ احداث أي تغيير يتنافى مع نصوص الشريعة ، كإدخال نظام غير اسلامي يخالف النظام ، أو تمكين دولة أجنبية من الدول ، إذا كان الغرض من الجريمة شيئا من هذا أو مثله ، فإن الجريمة لاتكون بغيا أي سياسية ، وإنما هي افساد في الارض ، ومحاربة الله ورسوله ، وهي جريمة عادية قررت لها الشريعة عقوبة قاسية (١) ــ ٥٠ ــ •

ثانيا ــ التأول : يشترط في البغاة أي المجرمين أن يكونوا متأولين ، أي أن يدعوا سبباً لخروجهم ، ويدللوا على صحة ادعائهم ، ولو كان الدليل في ذاته ضعيفا ، كأدعاء الخارجين على الإمام عليّ ، بأنه يعرف قتلة عثمان ويقدر عليهم ولا يقتص منهم لمواطأته إياهم ، وكتأول بعض مانعي الزكاة في عهد أبي بكر بأنهم لايدفعون الزكاة إلا لمن كانت صلاته سكنا لهم ، طبقا لقوله تعالى « خذ من أموالهم صدقة ــ الى قوله : وصل عليهم إن صلاتك سكن لهم » فإذا لم يدعوا سببا للخروج ، أو ادعوا سببا لاتقره الشريعة إطلاقا ، كأن طلبوا عزل رئيس الدولة دون أن ينسبوا اليه شيئا ، أو طلبوا عزله لأنه ليس من بلدهم ، فهم قطاع طريق يسعون في الارض بالفساد ، ولهم

(١) أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١١١ ، ١١٢ ــ المغني الجزء العاشر ص ٥٢ ــ نهاية المحتاج الجزء السابع ص ٣٨٢ ــ البحر الرائق الجزء الخامس ص ١٥١ •

٤٩ ــ ومن حملهم السلاح والاخلال بالأمن ، واخافة الناس •

٥٠ ــ لأنها وإن كانت من أقسام البغي ، غير أن العقوبة تشتد نظراً الى الظرف الخاص الذي وقعت فيه •

عقوبتهم الخاصة ، وليسوا بأي حال بغاة أو مجرمين سياسيين [١] — ٥١ — .

ثالثا — الشوكة : — يشترط في الباغي أي المجرم السياسي أن يكون ذا شوكة وقوة لا بنفسه بل بغيره ممن هم على رأيه ، فإن لم يكن من أهل الشوكة على هذا الوصف ، فلا يعتبر مجرما سياسيا ولو كان متأولا [٢] — ٥٢ — .

رابعا — الثورة والحرب : — ويشترط بعد ذلك كله أن تقع الجريمة في ثورة أو حرب أهلية اشتعلت لتنفيذ الغرض من الجريمة ، فإن وقعت الجريمة

---

(١) البحر الرائق الجزء الخامس ص ١٥١ ، ١٥٤ — شرح الزرقاني الجزء الثامن ص ٦٢ — نهاية المحتاج الجزء السابع ص ٣٨٢ ، ٣٨٣ المغني الجزء العاشر ص ٤٩ .

(٢) نهاية المحتاج الجزء السابع ص ٣٨٥ .

---

٥١ — وليسوا بأي حال بغاة أو مجرمين سياسيين . فلا يكونوا من البغاة وفقاً للرأي السائد عند الجعفرية القائل بأن وجود الشبهة عنصر ضروري في الباغي ، وما يتميز به من احكام عن سائر المحاربين وخالف في ذلك فقيه عصره الشيخ محمد حسن النجفي في كتابه جواهر الاحكام قائلا: أن أهل البصرة واهل الشام كانوا بغاة دون شك في محاربتهم لأمير المؤمنين صلوات الله عليه بالرغم من عدم وجود شبهة لديهم ، ولكن الارجح هو الرأي الاول المشهور .

وأما هؤلاء الخارجون على أمير المؤمنين (ع) فقد عرفنا آنفاً شبهتهم الباطلة التي كانوا يتمسكون بها .

٥٢ — كما ذهب الى ذلك مشهور فقهاء الجعفرية وأنكر بعضهم الشرط المذكور منهم الفقيه الكبير الشيخ محمد بن مكي العاملي في كتاب اللمعة ، والعلامة الفقيه الشيخ زين الدين العاملي في كتابيه الروضة والمسالك .

في غير حالة الثورة أو الحرب الأهلية ، فهي ليست بغيا أي جريمة سياسية . وإنما هي جريمة عادية ، يعاقب فاعلها بالعقوبة العادية المقررة لها . وتلك هي سنة علي ابن أبي طالب في الخوارج . فلقد عرض قوم من الخوارج به ، فنادوا وهو يخطب على منبره لا حكم إلا لله ، يعرضون به ، لأنه قبل التحكيم. فرد علي ؓ من منبره قائلا : كلمة حق أريد بها باطل ، لكم علينا ثلاث : لا نمنعكم مساجد الله أن تذكروا فيها اسم الله ، ولا نبدؤكم بقتال ، ولا نمنعكم الفيء ما دامت أيديكم معنا ، أي ما دمتم لم تثوروا علينا (١) .

٧٩ — حقوق البغاة ومسؤوليتهم قبل الثورة :

للبغاة أن يدعوا الى ما يعتقدون بالطريق السلمي المشروع ، ولهم الحرية في أن يقولوا ما يشاءون في حدود نصوص الشريعة ، وللعادلين أن يردوا عليهم ويبينوا لهم فساد آرائهم ، فإذا خرج أحد من الفريقين في قوله أو دعوته على النصوص الشرعية عوقب على جريمته باعتبارها جريمة عادية ، فإن كان قاذفا حد . وإن كان سابا عزر ، وأن ارتكب أحد البغاة أية جريمة عوقب عليها باعتبارها جريمة عادية (٢) .

(١) المغني الجزء العاشر ص ٥٨ — الشرح الكبير الجزء العاشر ص ٧١ : ٧٢ — أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١١٢ . نهاية المحتاج الجزء السابع ص ٣٨٤ .

(٢) الاحكام السلطانية ٥٨ . المغنى الجزء العاشر ص ٦٠ . أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١١٢ : ١١٤ . نهاية المحتاج الجزء السابع ص ٣٧٦ .

٥٣ — اذا لم يخش منهم على الكيان الاسلامي وعلى المسلمين ولم يكن في تركهم سبباً لشوكتهم وقوتهم ، وفي هذه الحالة تجوز موادعتهم ، ولا تجوز موادعتهم والسكون عنهم إذا خيف من مضاعفات هذه الموادعة وما تؤدي اليه من تقوية جانبهم وإضعاف جانب الحق والعدل .

وللبغاة حق الاجتماع ، فإذا تحيزوا أو اجتمعوا في مكان معين ، فلا سلطان لأحد عليهم ، — ٥٣ — ما داموا لم يمتنعوا عن حق ، أو يخرجوا عن طاعة ، — ٥٤ وهذه أيضا سنة علي بن أبي طالب في الخوارج ، فقد اعتزلت طائفة من الخوارج علياً عليه السلام بالنهروان ، فولى عليهم عاملا أقاموا على طاعته زمناً وهو لهم موادع ، إلى أن قتلوه ، فأنفذ اليهم علي : أن سلموا الي قاتله ، فأبوا ، وقالوا كلنا قتله ، فلما خرجوا عن الطاعة وجاهروا بالعصيان، قاتلهم علي (١)

ويشترط مالك والشافعي وأحمد أن يبدأ أهل البغي بالقتال حتى يقاتلوا أهل العدل وفي هذه الحال تستحل دماؤهم . — ٥٥ — أما أبو حنيفة فيكتفي بتجمعهم وامتناعهم ويرى في ذلك ما يكفي لقتالهم (٢) .

٨٠ — حقوق البغاة ومسؤوليتهم أثناء الثورة وما بعدها :

فإذا اشتعلت الثورة أو قامت الحرب الأهلية كان على ولي الأمر أن يقصد من القتال ردع البغاة لاقتلهم وإفناءهم ، وأن يقاتل من أقبل منهم ويكف عمن أدبر وهرب ، وأن لا يجهز عن جريحهم ، وأن لا يقتل أسيرهم (٣)

(١) الاحكام السلطانية ص ٤٨ . البحر الرائق الجزء الخامس ص ١٥٢ . المغني الجزء العاشر ص ٥٣ — ٥٨ ، نهاية المحتاج الجزء السابع ص ٣٨٣ .

(٢) ٤١١ جـ ٤ شرح فتح القدير .

(٣) يرى أبو حنيفة قتل الاسير اذا اقتضت المصلحة ذلك على خلاف باقي الأئمة ١٥٣ البحر الرائق جـ ٥ .

٥٤ — ولم يكن تركهم سبباً لتقويتهم ، أو باعثاً للوهن في صفوف أهل الحق.

٥٥ — ويدل على ذلك عدة نصوص رويت عن امير المؤمنين (ع) كما تشهد به سيرته العادلة ، فانه لم يكن يبدأ البغاة بالحرب في معاركه الثلاث ، الجمل وصفين ، والنهروان .

أو من ألقى سلاحه منهم . — ٥٦ — وان لايصادر أموالهم — ٥٧ — وأن لايستولى على نسائهم وأولادهم : لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « منعت دار الإسلام ما فيها » (١) — ٥٨ — .

(١) الاحكام السلطانية ص ٤٩ . البحر الرائق ج ٥ ص ١٥٢ : ١٥٣ . المغنى ج ١٠ ص ٦٣ ، نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٨٦ : ٣٨٧ — شرح الزرقاني ج ٤ ص ٦١ : ٦٢ تبصرة الحكام ج ٢ص ٢٤٩ — أسنى المطالب ج ٤ص١١٤ .

٥٦ — لاخلاف في ذلك بين المسلمين فيمن ألقى سلاحة منهم ، واما أسيرهم فان كان ممن لا يصلح للقتال فلا يجوز قتله قولا واحداً واما اذا كان ممن يمكن استغلاله في القتال فهناك من يقول من فقهاء الجعفرية بجواز قتله ، ومنهم من يقول بعدم الجواز ، وثالث يفرق بين ما إذا كانت للبغي فئة يمكنه ان يلجأ اليها فيجوز قتله ، وبين ما اذا لم تكن هناك فئة كذلك فلا يجوز قتله ، وإن كان الواجب سجنه طيلة مدة الحرب دون خلاف .

واما الاجهاز على الجريح والألحاق بالمدبر والهارب الحامل لسلاحه ، فالرأي المعروف جواز ذلك إن كان للجريح والهارب فئة يمكن أن تقوى بالالتحاق بها ، وإلا فلا يجوز الاجهاز ولا الألحاق .

٥٧ — اذا لم تكن مما يحتويها العسكر .

٥٨ — واما أموالهم التي حواها العسكر فلفقهاء الأمامية فيها قولان :

احدهما : جواز الاستيلاء عليها وهو قول السيد المرتضى وجماعته ، والآخر : أن للامام أن يستولي على ما في المعسكر ويقسمه بين المقاتلين خاصة ، وهو قول الشيخ الطوسي وجماعته ، ويعتمد هؤلاء على ما جاء في الحديث عن سيرة علي (ع) مع بعض البغاة ، إذ قسم أموالهم التي حواها العسكر ، وهذا الحديث إن صح كان مخصصا للحديث النبوي

فإذا انتهت حالة الحرب وانطفأت الثورة ، وجب على ولي الأمر أن يرد على البغاة أموالهم التي في يد أهل العدل ، وما تلف منها في غير قتال فهو مضمون على متلفه ، وأما ما أتلفه أهل البغي في ثائرة الحرب من نفس ومال فهو هدر ، وما أتلفوه على أهل العدل في غير ثائرة الحرب من نفس ومال فهو مضمون عليهم ، وهم مسؤولون عنه ، وهذا هو الرأي الراجح . أما الرأي المضاد فيرى أصحابه تضمين البغاة ما أتلفوه في الحرب ، وحجتهم أن المعصية لا تبطل حقا ، ولا تسقط غرما . أما حجة أصحاب الرأي الأول فهي أن الفتنة العظمى وقعت أيام علي ومعاوية ، فأجمع الصحابة — ٥٩ — على أن

السابق وما جرى مجراه ، الا انه لم يثبت عند الفريق الأول .

واما فقهاء السنة فالمعروف بينهم عدم السماح للامام بمصادرة أي شيء من أموال البغاة ، وإن جاز له الاستعانة بسلاحهم وكراعهم حال الحرب على أن يرجعه اليهم بعد ذلك .

٥٩ — إنما يكون الأجماع بنظر فقهاء المذهب الجعفري دليلا شرعيا اذا أصبح طريقاً بحصول العلم برأي النبي (ص) او الامام الذي ثبتت عصمته بنظرهم ولا يحصل من اجماع الصحابة العلم المذكور لكون المسألة حادثة بعد زمان النبي (ص) ولم يحرز أنهم أخذوا الحكم المذكور منه (ص) ، إذ لعلهم أستندوا الى آرائهم الخاصة ، فان الصحابة كثيراً ما كانوا يعتمدون على رأيهم واجتهادهم ، ولم يتقيدوا بالنص ، بل كانوا يعرضون عنه في بعض الحالات . ألم يتخلف قسم من الصحابة عن جيش اسامة بن زيد بما فيهم الخليفتان أبو بكر وعمر مع وجود النص الصريح بالنهي عن التخلف عن جيش أسامة ، فلقد قال (ص) فيما أورده الشهرستاني في المقدمة الرابعة من كتاب الملل والنحل ، ونقله

لا يقام حد على رجل ارتكب محرما بتأويل القرآن . ولا يغرم مالا أتلفه

عنه سماحة الامام شرف الدين في كتابه الجليل النص والاجتهاد :

جهزوا جيش أسامة ، لعن الله من تخلف عنه . ألم ينه الخليفة الثاني عن متعة الحج مع اعترافه بأن النبي قد فعلها ؟ ففي كتاب النص والاجتهاد عن مسند الامام أحمد بن حنبل الجزء الاول . ص ٥٠ عن أبي موسى الاشعري أنه كان يفتي بالمتعة فقال له رجل رويدك بعض فتياك ، فانك لاتدري ما أحدث امير المؤمنين — عمر — في النسك بعدك ، حتى لقيه أبو موسى بعد [illegible] ذلك فقال عمر قد علمت أن النبي (ص) قد فعله هو واصحابه . ولكن كرهت أن يظلوا بها معرسين في الأراك ثم يروحون بالحجيج تعطر رؤوسهم . وفي حديث آخر عن مسند احمد الجزء الاول ص ٤٩ أن الخليفة الثاني قال عن متعة الحج هي سنة رسول الله ، ألم ينه الخليفة الثاني عن متعة النساء مع اعترافه بأنها كانت على عهد رسول الله (ص) وعهد أبي بكر ، فقد استفاض عن الخليفة الثاني انه قال : متعتان كانتا على عهد رسول الله وأنا انهي عنهما وأعاقب عليهما متعة الحج ومتعة النساء .

وممن نقل عنه هذا القول الفخر الرازي في تفسيره الكبير حين تفسيره لقوله سبحانه وتعالى في سورة النساء (فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن) ، الى غير ذلك من الموارد الكثيرة التي أعرض فيها الصحابة عن النص ، وأتبعوا آراءهم واجتهاداتهم ، فكيف يكون اجماعهم الحاصل بعد وفاة النبي صلى الله عليه وآله وسلم سبباً لحصول العلم برأي النبي (ص) ولم يعلم موافقة الامام علي (ع) وولداه الذين ثبتت عصمتهم عند الشيعة الامامية بدليل قطعي . إن

بتأويل القرآن . ويحتجون — ٦٠ — كذلك بأن البغاة طائفة ممتنعة بالحرب بتأويل سائغ ، فلا تضمن ما أتلفته على أهل العدل . كما لا يضمن أهل العدل ما أتلفوه . ولأن تضمين أهل البغي يفضي الى تنفيرهم — ٦١ — عن الرجوع إلى الطاعة (١) .

وإذا كان البغاة لا يسألون عن الجرائم التي ارتكبوها أثناء الثورة من اهلاك للأنفس والأموال ، فإن لولي الامر — إن لم يعف عن جرائمهم — أن يعاقبهم على خروجهم عن الطاعة بعقوبة تعزيرية إن رأى في ذلك مصلحة . ولكن يشترط أن لا تكون هذه العقوبة القتل عند مالك والشافعي وأحمد ،

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٨٦ . البحر الرائق ج ٥ ص ١٥٣ . شرح الزرقاني ج ٨ ص ٦١ : ٦٢ الاحكام السلطانية ص ٥٠ أسنى المطالب ج ٤ ص ١١٤ — المغنى ج ١٠ ص ٦٠ : ٦١ الشرح الكبير ج ١٠ ص ٦١ : ٦٢ .

الشيعة الامامية وان كانت تحترم صحـــابة الرسول (ص) لكون صحبتهم له من أعظم اسباب العز والشرف الا أن الصحبة لا تلازم العدالة ، ولا الأجتهاد بنظرهم ، ولو سلمنا عدالتهم واجتهادهم فان ذلك لا يجعل اجماعهم دليلا شرعيا لوضوح أن اتفاق جماعة من المجتهدين العدول لا يكون حكماً شرعياً يلزم المسلمين بأتباعه بل يكون حجة على خصوص من يقلدهم .

٦٠ — هذه الحجة تكرار للدعوى ، بعبارة أخرى ولا برهان فيها على الملازمة بين الامتناع بالحرب المستند الى التأويل وبين عدم ضمان ما أتلفوه .

٦١ — لا يعتمد فقهاء المذهب الجعفري على مثل هذا الوجه الأستحساني في استنباط الاحكام الشرعية ، فلا تصلح هــذه الوجوه الثلاثة دليلا لأصحاب الرأي الاول وإن كان هو أصح القولين ، والدليل الذي نعتمد عليه لأثباته هو سيرة امير المؤمنين علي (ع) مع البغاة في الجمل

لأنهم لا يبيحون قتل الجريح ولا الأسير فأولى أن لا يباح قتل المستسلم ، أما أبو حنيفة فيبيح قتل الأسير للمصلحة العامة ويبيح قتل البغاة على أثر الظهور عليهم ، فالقياس عنده أن يقتل الباغي تعزيراً • وعلى كل حال فإن سلطة القاضي في الجرائم التعزيرية واسعة بحيث يجوز له أن يختار العقوبة الملائمة من عدة عقوبات ، كما إن لولي الأمر حق العفو عن العقوبة كلها أو بعضها •

٨١ — عقوبة البغاة أو المجرمين السياسيين في الشريعة الاسلامية :

ظاهر مما تقدم أن عقوبة البغاة تختلف باختلاف الأحوال ، فالجرائم التي يرتكبونها قبل الثورة والحرب أو بعدها يعاقبون عليها بعقوباتها العادية، لأنها جرائم عادية لم تقع في حالة ثورة أو حرب ، أما الجرائم التي ترتكب أثناء الثورة أوالحرب الأهلية ، فما اقتضته منها حالةالثورة أو الحرب كمقاومة رجال الدولة وقتلهم ، والاستيلاء على البلاد وحكمها ، والاستيلاء على الأموال العامة وجبايتها ، وإتلاف السكك والكباري ، واشعال النار في الحصون ونسف الأسوار والمستودعات وغير ذلك مما تقتضيه طبيعة الحرب ، فهذه الجرائم هي الجرائم السياسية ، وتكتفي الشريعة فيها بإباحة دماء البغاة،

وفي النهروان فانه (ع) لم يضمن أحداً منهم ما أتلفه حال بغيه •

وقد ذهب من علماء الشيعة الى القول المضاد ، الشيخ أبو جعفر الطوسي في كتاب الخلاف ، واستند الى عموم ما دل على القصاص • ومن البديهي عدم امكان التمسك بالعموم المذكور مع الالتفات الى سيرة أمير المؤمنين (ع) التي أشرنا اليها آنفاً ، فإن السيرة مختصة بهذا المورد ، فهي أخص من الأدلة العامة ، فيعتمد عليها دون الادلة العامة ••

وإباحة أموالهم بالقدر الذي يقتضيه ردعهم والتغلب عليهم ، فإذا ظهرت الدولة عليهم ، وألقوا سلاحهم ، عصمت دماؤهم وأموالهم . وكان لولي الأمر أن يعفو عنهم ، أو أن يعزرهم على خروجهم . لا على الجرائم التي ارتكبوها أثناء خروجهم ، فعقوبة الخروج إذن هي التعزير . وهو جريمة سياسية ، أما عقوبة الجرائم التي تقتضيها حالة الحرب أو الثورة ، فهي القتل بالشروط التي ذكرناها سابقاً .

هذا هو حكم الجرائم التي تقع أثناء الثورة أو الحرب وتقتضيها طبيعة الحرب والثورة ، اما الجرائم التي تقع من البغاة ولا تستلزمها طبيعة الثورة أو الحرب ، فهذه تعتبر جرائم عادية يعاقبون عليها بالعقوبات العادية ، ولو أنها وقعت اثناء الثورة أو الحرب ، كشرب الخمر ، والزنا ، وقتل أحد الثائرين زميلا له او سرقة ماله (١) .

٨٢ — بين الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية :

كانت القوانين الوضعية إلى ما قبل الثورة الفرنسية تعتبر الجريمة السياسية اشد خطراً من الجريمة العادية ، وكانت تعامل المجرم السياسي معاملة تتنافى مع ابسط قواعد العدالة ، فتعاقبه بعقوبات قاسية ، وتصادر ماله ، وتأخذ اهله بذنبه ، وتحرمه من الحقوق التي يتمتع بها المجرمون العاديون . ثم ابتدأت القوانين الوضعية تغير نظرتها إلى الجريمة السياسية بعد الثورة الفرنسية . وبعد أن كثرت الثورات في البلاد الاوربية ، وتعددت الانقلابات في النظم السياسية ، فأصبح المجرم السياسي ينظر اليه نظرة عطف

(١) تكلمنا هنا على لبغي أي الجرائم السياسية بالقدر الذي يبين الحدود الفاصلة بين الجريمة العادية والجريمة السياسية . وبين العناصر الاساس للجريمة السياسية اما التفاصيل والدقائق فموضعها الجزء الثاني من كتابنا هذا حين نتكلم على البغي كجريمة من الجرائم الخاصة .

وإشفاق ، ووضعت للجرائم السياسية عقوبات هي في مجموعها اخف من العقوبات العادية •

وقد اختلف الشراح في المميز الذي يميز بين الجريمة العادية والجريمة السياسية ، فرأى فريق أن المميز الوحيد هو غرض المجرم من الجريمة ، فان كان يرمي الى تحقيق غرض سياسي فالجريمة سياسية والا فهي عادية • وعيب هذا المذهب أنه يحكم الباعث على الجريمة في تحديد ماهية الجريمة ، ويخول للقتلة والسارقين أن يتمتعوا بميزات لا يصح ان يتمتعوا بها — ورأي فريق آخر أن العبرة في تحديد نوع الجريمة بطبيعة الحق المعتدى عليه بصرف النظر عن الدافع الى الجريمة ، فلا تعتبر جريمة سياسية طبقا لهذا الرأي الا الجريمة التي تمس كيان الدولة أو نظامها • وعيب هذا الرأي أنه يجعل بعض الجرائم التي لا شك في أنها سياسية جرائم عادية ، كالجرائم التي ترتبط بأعمال الثورة أو الحرب الأهلية •

وقد رأى فريق من الشراح أن يفرقوا بين الجرائم التي ترتكب في حالة ثورة أو حرب أهلية ، والجرائم التي ترتكب في الاحوال العادية ، واعتبروا الجرائم التي تقع في الأحوال العادية جرائم عادية ولو كانت الدوافع فيها سياسية ، أما الجرائم التي تقع في أثناء الثورة او الحرب الأهلية فهي جرائم سياسية اذا كان للجريمة علاقة بالثورة أو الحرب الأهلية ، وكانت من الأفعال التي تبيحها الحرب النظامية والا فهي جريمة عادية • وهذا الرأي هو الذي أقره معهد القانون الدولي •

والاتجاه الحديث في القوانين الوضعية يعتبر الجرائم الموجهة ضد النظام الاجتماعي كجرائم الشيوعية والفوضوية جرائم عادية ، كما يعتبر كل الجرائم الماسة باستقلال الدولة جرائم عادية ، لأنها تمس الوطن ولا تمس نظام الحكم

والحكام ، وهذا هو الرأي الذي أقره معهد القانون الدولي في سنة ١٨٩٢ ، حيث قرر أنه لا يعد من الجرائم السياسية من حيث تطبيق قواعد تسليم المجرمين . الأعمال الجنائية الموجهة ضد النظام الاجتماعي (١) .

ويتبين مما سبق ان أحدث الآراء في القوانين الوضعية تعتبر الجريمة سياسية اذا كانت موجهة ضد الحكام وشكل الحكم الداخلي فقط . لا ضد النظام الاجتماعي ولا ضد الدولة واستقلالها وعلاقتها بغيرها من الدول . وبشرط أن تقع في حالة ثورة أو حرب أهلية ، وان تكون مما تقتضيه طبيعة الثورة أو الحرب ، وهذا يتفق تماما مع الحدود التي وضعتها الشريعة للجريمة السياسية من ثلاثة عشر قرنا . ولا فرق بين الشريعة والقوانين في هذه النقطة الا أن الشريعة قد سبقت بالتفرقة بين الجرائم العادية والسياسية ، وتحديد الجرائم السياسية ، وأن القوانين تسير في أثر الشريعة وتأخذ بمبادئها .

(١) الموسوعة الجنائية ج ٣ ص ٤٧ — ٥٣ . شرح قانون العقوبات لكامل مرسي والسعيد مصطفى ص ٧٩ — ٨٥ القانون الجنائي العلي بدوي ص ٧٦ — ٨٨ القانون الجنائي لاحمد صفوت ص ٧٣ — ٧٦ .

القسم الثاني

من الكتاب الاول

الاركان العامة للجريمة

٨٣ ـ أركان الجريمة :

قلنا في تعريف الجريمة ان الجرائم محظورات شرعية ـ ١ ـ زجر الله عنها بحد أو بتعزير ، وأن المحظورات هي : اما اتيان فعل منهي عنه ، أو ترك فعل مأمور به ، وقلنا : ان المحظورات وصفت بأنها شرعية ، لانها يجب أن تكون محظورة بنصوص الشريعة ، وأن الفعل والترك لا يعتبر بذاته جريمة الا اذا كان معاقبا عليه .

ولما كانت الاوامر والنواهي تكاليف شرعية فانها لا توجه الا لكل عاقل فاهم التكليف ، اذ التكليف خطاب ـ ٢ ـ ، وخطاب من لا عقل له ولا فهم

---

١ ـ مر عليك قريبا ان الجرائم تصدق على المحظورات الشرعية وعلى غيرها .

٢ ـ ليس التكليف هو الخطاب ، بل التكليف قد يستفاد من الخطاب ويكون مدلولا له كما في الاوامر والنواهي المشتملة على أدوات الخطاب ، كقوله سبحانه وتعالى في سورة البقرة ١٥٣ (يا أيها الذين آمنوا استعينوا بالصبر والصلاة) . وقد يستفاد من غيره ولا يكون مدلولا له كما في قوله سبحانه وتعالى في سورة البقرة ٢ (الذين يؤمنون بالغيب

محال كالجماد والبهيمة ، ومن استطاع أن يفهم أصل الخطاب ولا يفهم تفاصيله من كونه أمرا أو نهيا ، ومقتضيا للثواب والعقاب . كالمجنون والصبي — ٣ — الذي لا يميز فهو في عجزه عن فهم التفاصيل كالجماد والبهيمة في العجز عن فهم أصل الخطاب ، ومن ثم يتعذر تكليفه ، لأن المقصود من التكليف كما يتوقف على فهم أصل الخطاب فهو يتوقف أيضا على فهم تفاصيله (١) .

ويتبين مما سبق أن للجريمة بصفة عامة أركانا لابد من توفرها وهذه الاركان ثلاثة :

١ — أن يكون هناك نص — ٤ — يحظر الجريمة ويعاقب عليها ، وهو

(١) الاحكام في أصول الاحكام للآمدي ص ٢١٥ الجزء الأول ، المستصفي للغزالي الجزء الأول ص ٨٣ .

ويقيمون الصلاة ومما رزقناهم ينفقون) ، وكما يستحيل خطاب من لا عقل له ولا فهم ، كذلك يستحيل تكليفه وان لم يكن التكليف بادوات الخطاب ، اذ كيف يكلف من لا يعقل ولا يفهم وما هو الأ كالبهيمة أو الجماد .

٣ — من البديهي ان بعض أفراد الصبيان اذا بلغ سنهم قريب البلوغ يمكنهم فهم تفاصيل الخطاب ولكن التكليف لا يتوجه اليهم للدليل الشرعي الحاكم برفع القلم عن الصبي مطلقا ، من بلغ هذه الدرجة من الادراك ومن لم يبلغها ، ولعل الحكمة في ذلك ان الغالب من الصبيان عدم فهم تفاصيل الخطاب ولم يمكن التفريق بينهم فرفع القلم عن جميعهم .

٤ — لا يتوقف صدق الجريمة على وجود نص لفظي يدل على حرمتها ، بل يثبت كونها جريمة ، ولو لم يكن الدليل على حرمتها النص اللفظي بل يثبت كون ارتكاب الفعل جريمة ولو كان الدليل على حرمته غير لفظي

ما نسميه اليوم في اصطلاحنا القانوني بالركن الشرعي للجريمة .

٢ ـ اتيان العمل المكون للجريمة سواء كان فعلا أو امتناعا ، وهذا ما نسميه في اصطلاحنا القانوني بالركن المادي للجريمة .

٣ ـ أن يكون الجاني مكلفا أي مسؤولا عن الجريمة ، وهذا ما نسميه اليوم بالركن الأدبي .

هذه هي الاركان العامة التي يجب توفرها بصفة عامة في كل جريمة ، ولكن توفر هذه الأركان العامة لا يغني عن وجوب توفر الأركان الخاصة لكل جريمة على حدة حتى يمكن العقاب عليها ، كركن الأخذ خفية في السرقة ، وركن الوطء في جريمة الزنا ، وغير ذلك من الاركان الخاصة التي تقوم عليها الجرائم المعينة بذواتها .

والفرق بين أركان الجريمة العامة وأركانها الخاصة أن الاركان العامة واحدة في كل جريمة ، بينما الأركان الخاصة تختلف في عددها ونوعها باختلاف الجريمة وقد جرى الفقهاء الاسلاميون على بحث أركان الجريمة العامة وأركانها الخاصة بمناسبة بحث كل جريمة . ولكنا رأينا مجاراة للتطور الحديث في التأليف أن نبحث الأركان العامة في القسم الجنائي العام ، وأن نترك بحث الأركان الخاصة للقسم الجنائي الخاص الذي يتناول الكلام على الجرائم واحدة بعد واحدة بصفة خاصة .

كالاجماع مثلا ، كما لا يتوقف صدق الجريمة على تصريح الشارع بالعقاب عليها بل تثبت الجريمة بمجرد ثبوت حرمتها بأي دليل كان .

الباب الاول

الركن الشرعي للجريمة

٨٤ — توجب الشريعة لاعتبار الفعل جريمة أن يكون هناك نص — ٥ — يحرم هذا الفعل ، ويعاقب على إتيانه ، وهذا هو مانسميه اليوم الركن الشرعي للجريمـــة .

ووجود النص المحرم للفعل المعاقب عليه لا يكفي بذاته للعقاب على كل فعل وقع في أي وقت وفي أي مكان ومن أي شخص ، وانما يشترط للعقاب على الفعل المحرم أن يكون النص الذي حرمه نافذ المفعول وقت اقتراف الفعل. وأن يكون ساريا على المكان الذي اقترف فيه الفعل ، وعلى الشخص الذي اقترفه ، فاذا تخلف شرط من هذه الشروط امتنع العقاب على الفعل المحرم.

فالكلام على الركن الشرعي يقتضي بحث المواضيع الآتية وسنخصص لكل منها فصلا خاصا :

١ — النصوص المقررة للجرائم والعقوبات أي الاحكام الجنائية الشرعية.
٢ — سريان النصوص الجنائية على الزمان .
٣ — سريان النصوص الجنائية على المكان .
٤ — سريان النصوص الجنائية على الأشخاص .

---

٥ — مر عليك قريبا عدم توقف كون الفعل جريمة على كون الدليـــل على حرمته نصا شرعيا مشتملا على بيان العقاب عليه .

الفصل الاول

النصوص المقررة للجرائم والعقوبات

أي الأحكام الجنائية الشرعية

٨٥ — الكلام على الاحكام الجنائية الشرعية يقتضي الكلام على : —

أولا — الاحكام وأثرها في الجريمة والعقوبة — ثانيا — أدلة الاحكام الجنائية الشرعية أي مصادر التشريع الجنائي — ثالثا — تفسير الاحكام الجنائية — رابعا — تعارض الأحكام أي النصوص ونسخها وبطلانها — خامسا — علاقة الاحكام الشرعية بالاحكام القانونية . وسنخصص لكل واحد من هذه المواضيع مبحثا خاصا .

المبحث الأول

فى الاحكام الجنائية الشرعية وأثرها فى الجريمة والعقوبة

٨٦ — تمهيد : يقسم الفقهاء الأحكام الشرعية أي النصوص الى نوعين: أحكام تكليفية ، واحكام وضعية .

فالحكم التكليفي هو ما اقتضى طلب فعل من المكلف ، أو كفه عن فعل ،

أو تخييره بين فعل والكف عنه [1] . ويسمى هذا الحكم تكليفا ، لأنه يتضمن إلزام المكلف اتيان فعل ، مثل قوله تعالى : « ان الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات الى أهلها واذا حكمتم بين الناس ان تحكموا بالعدل» [النساء : ٥٨] أو الزام المكلف الكف عن مثل قوله تعالى : « ولا تقتلوا النفس التي حرّم الله الا بالحق » [الإسراء : ٣٣] وقوله « ولا تقربوا الزنا » [الاسراء: ٣٢] أو تخيير المكلف في اتيان الفعل والكف عنه ، مثل قوله تعالى : « واذا حللتم فاصطادوا » [المائدة : ٢] وقوله « ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا » [الاسراء : ٣٣] .

والحكم الوضعي هو ما اقتضى جعل شيء سببا لشيء — ٦ — ، أو شرطا له ، أو مانعا منه ، وسمي الحكم وضعيا لأنه يقتضي :

١ — وضع أسباب لمسببات كقوله تعالى : « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما » [المائدة : ٣٨] وقوله « الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة » [النور : ٢] فقد اقتضى الحكم الأول جعل السرقة سببا في قطع يد السارق واقتضى الحكم الثاني جعل الزنا سببا لجلد الزاني .

٢ — أو يقتضي وضع شروط لمشروطات كقوله تعالى : « لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء ، فاذا لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون » [النور : ١٣] .

---

(١) الاحكام في أصول الاحكام للآمدي الجزء الاول ص ١٨١ وما بعدها — المستصفي للغزالي الجزء الاول ص ٦٥ وما بعدها — أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف ص ٧٤ .

---

٦ — اختلفت آراء فقهاء المذهب الجعفري في الحكم الوضعي وتعريفه وتحديده والرأي الراجح هو أن الحكم الوضعي هو كل حكم ليس بتكليفي لا يختص بالموارد التي ذكرها المصنف .

فهذا الحكم يقتضي اشتراط أربعة شهود لإثبات جريمة الزنا • ومثل قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « لا قطع الا في ربع دينار » فهذا الحكم يشترط لقطع يد السارق أن تبلغ قيمة المسروق ربع دينار فاكثر •

٣ ــ أو يقتضي وضع موانع من احكام مثل قول الرسول : « لا قطع في ثمر معلق » • فهذا الحكم يقتضي جعل تعليق الثمر أي عدم حصد الحاصلات والثمار مانعا من القطع في سرقتها ومثل قوله صلى الله عليه وسلم « لا ميراث لقاتل » فهذا الحكم يقتضي جعل القاتل الحاصل من الوارث مانعا له من الإرث (١) •

والفرق بين الحكم التكليفي والحكم الوضعي يظهر من وجهين : اولهما: أن الحكم التكليفي يقصد به طلب فعل أو الكف عنه ، أو التخيير بين اتيان الفعل وتركه • أما الحكم الوضعي فلا يقصد به طلب ولا كف ولا تخيير ، ولكن المقصود منه بيان الأسباب والشروط والموانع • ثانيهما : أن الحكم التكليفي يكون دائما في مقدور المكلف ، فيستطيع أن يفعله أو يتركه ان شاء، أما الحكم الوضعي فقد يكون أمرا في مقدور المكلف ، وقد لا يكون في مقدوره •

وينبغي أن نلاحظ أن النص الواحد قد يشتمل على حكم تكليفي وحكم وضعي في آن واحد . ومثل ذلك قوله تعالى : « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما » فهذا النص يشتمل على حكم تكليفي هو طلب الكف عن السرقة ، ويشتمل في الوقت نفسه على حكم وضعي هو جعل السرقة سببا في قطع يد السارق •

---

(١) الاحكام في أصول الاحكام الآمدي الجزء الاول ص ٨١ وما بعدها ــ المستصفي للغزالي الجزء الاول ص ٩٣ ــ أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف ص ٧٤ وما بعدها .

وليس يهمنا فيما يتعلق بالنص على الجريمة الا الحكم التكليفي المقتضي طلب فعل من المكلف أو كفه عن فعل • أما الاحكام التكليفية المخيرة فلا يعاقب على تركها أو اتيانها ، ولا يعتبر اتيانها او تركها جريمة . على الرأي الراجح •

وفيما يتعلق بالنص على العقوبة يهمنا الحكم الوضعي ، سواء كان سببا أو شرطا أو مانعا ، لأنه يبين العقوبة وأسبابها وشروطها وموانعها — ٧ — •

٨٧ — قواعد أصولية شرعية :

من القواعد الاساس في الشريعة الإسلامية : أنه « لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص » أي أن أفعال المكلف المسؤول لا يمكن وصفها بأنها محرمة ما دام لم يرد نص بتحريمها ، ولا حرج على المكلف أن يفعلها أو يتركها حتى ينص على تحريمها •

وهناك قاعدة أساس أخرى تقتضي بأن : « الأصل في الاشياء والأفعال

٧ — مر عليك قريبا عدم اختصاص الحكم الوضعي بهذه الموارد ، بل هو كل حكم ليس بتكليفي سواء كان لبيان الأسباب والشروط والموانع أم لبيان أمر آخر ، كقوله سبحانه وتعالى (فأسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون) ، فان هذه الآية المباركة وردت لاعطاء صفة الحجية لكلام اهل الذكر ، وكالآية الواردة في مقام من له الولاية ، وهي قوله سبحانه وتعالى (انما وليكم الله ورسوله والذين آمنوا الذين يقيمون الصلاة ويؤتون الزكاة وهم راكعون) ، فقد اعطت هذه الآية المباركة الولاية لله سبحانه وللرسول (ص) ولأمير المؤمنين علي (ع) ، لأنه (ع) الوحيد الذي آتى الزكاة وهو راكع في صلاته كما صرحت بذلك الاخبار المعتبرة •

الإباحة » أي أن كل فعل او ترك مباح اصلا بالاباحة الأصلية ، فما لم يرد نص بتحريمه فلا مسؤولية على فاعله آو تاركه .

وهاتان القاعدتان [١] تؤديان معنى واحداً ــ ٨ ــ هو انه لا يمكن اعتبار فعل أو ترك جريمة الا بنص صريح ــ ٩ ــ يحرم الفعل أو الترك ، فاذا لم

---

(١) القاعدة الاخيرة يأخذ بها أكثر الحنفية والشافعية . والقاعدة الاولى يقول بها غيرهم وهم الذين يرون ان الاجابة تستدعي مبيحا والمبيح هو الله تعالى اذ خير بين الفعل وتركه بخطابه . فاذا لم يكن الخطاب لم يكن تخيير ولا اباحة. فالافعال عند هؤلاء لا محظورة ولا مباحة ولا حرج فى اتيانها او تركها حتى ينص على حظرها أو اباحتها .

وهناك فريق يأخذ بالقاعدة الثانية على أساس أن معنى الاباحة هو أن لا حرج فى اتيان الفعل .

وقد كان هذا الخلاف سببا فى وضع هاتين القاعدتين الاصوليتين . ومن شاء أن يستزيد فليراجع الاحكام فى أصول الاحكام للآمدي الجزء الاول ص ١٣٠ وما بعدها . والمستصفي للغزالي ج ١ ص ٦٣ وما بعدها . ومسلم الثبوت ج١ ص ٤٩ ، والاحكام فى أصول الاحكام لابن حزم ج١ ص ٥٢ وما بعدها .

---

٨ ــ فهما متفقان في ما ذكره المؤلف وان اختلفا في جهة اخرى ، فمحتوى القاعدة الاولى ان أفعال العقلاء قبل ورود النص الشرعي لا توصف بالأباحة ولا بالحرمة واقعا . ومحتوى القاعدة الثانية ان الافعال قبل ورود النص الشرعي توصف بالاباحة ظاهرا ، ومعنى الأباحة الظاهرية هو أن الشارع المقدس لا يعاقب على اتيان الفعل في زمان عدم العلم بحرمته . فالأحكام الظاهرية هي التي تعين الوظيفة الشرعية من ناحية اتيان الفعل وتركه حين عدم العلم بحكمه الواقعي . وقد أطال علماء الفقه الجعفري في التحدث عن هاتين القاعدتين ، وعن الاحتياط الشرعي وعن موارد كل من البرائة والاحتياط ، فلتراجع الكتب الموسعة في المقام .

٩ ــ بل الا بدليل معتبر كما أشرنا الى ذلك آنفا نصا كان لا يحتمل معنى آخرا أو ظاهرا في معناه عرفا وان احتمل سواه لفظيا كان كآية مباركة ،

يرد نص يحرم الفعل أو الترك فلا مسؤولية ولا عقاب على فاعل أو تارك • ولما كانت الافعال المحرمة لا تعتبر جريمة في الشريعة بتحريمها وانما بتقرير عقوبة عليها ، سواء كانت العقوبة حداً أو تعزيرا . فان المعنى الذي يستخلص من ذلك كله هو أن قواعد الشريعة الاسلامية تقتضي بأن لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص •

وهناك قاعدة أصولية ثالثة تقضي بأنه : « لا يكلف شرعا الا من كان قادرا على فهم دليل التكليف أهلا لما كلف به — ١٠ — . ولا يكلف شرعا الا بفعل ممكن مقدور للمكلف معلوم له علما يحمله على امتثاله » (٢) •

فهذه القاعـدة تبين الشروط الواجب توفرها في المكلف أي الشخص المسؤول ، والشروط الواجب توفرها في الفعل المكلف به •

فأما المكلف فيشترط فيه أولا : أن يكون قادرا على فهم دليل التكليف أي أن يكون في استطاعته فهم النصوص الشرعية — ١١ — التي جاءت بالحكم التكليفي ، لان العاجز عن الفهم لا يمكن أن يمتثل ما كلف به •

(٢) أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف ص ١٧٣ .

أو حديثاً معتبراً ، أو لم يكن لفظيا كالاجماع والسيرة وهو المسمى باصطلاح علماء الفقه والاصول بالدليل اللبي سواء كان الدليل المثبت للحرمة مشتملا على بيان استحقاق العاصي للعقاب ، أو كان مجردا عن بيان العقاب ومقتصرا على النهي عن الفعل •

١٠ — ولو بافهام غيره له لجهله باللسان ، فان الشرط هو امكان تفهيمه الحكم المستفاد من الدليل على الحرمة أو الوجوب وان لم يكن قادرا على فهم تفاصيل الحكم الشرعي •

١١ — بالمعنى السابق •

ثانيا : ان يكون أهلا لما كلف به أي أن يكون أهلا للمسؤولية وأهلا للعقوبة .

أما الفعل المكلف به فيشترط فيه :

أولا : أن يكون ممكنا ، فلا تكليف بمستحيل .

ثانيا : أن يكون مقدورا للمكلف أي في قدرة الشخص اتيانه أو تركه، فان لم يكن كذلك فلا يصح التكليف به .

ثالثا : أن يكون الفعل بعد امكانه وقدرة المكلف عليه معلوما للمكلف — ١٢ — علما تاما يحمله على الامتثال ، والعلم التام الذي يحمله على الامتثال يقتضي :

(أ) العلم بالاحكام التكليفية ، ولا تكون معلومة الا اذا نص عليها ونشر نصها على الكافة ، فمن لم يعلم بأمر أو نهي لا يمكن ان يأتمر به أو ينتهي عنه — ١٣ — . وتطبيق هذا الشرط على الجرائم يعني أن لا جريمة بلا نص ينشر على الناس .

---

١٢ — لا يشترط في الفعل المكلف به أن يكون معلوما للمكلف لبداهة صحة تكليف الجاهل اذا كان متمكنا من امتثاله في الزمان الذي يجب عليه امتثاله ولا يتوقف صحة التكليف على العلم به مع وضوح ان التكليف لو لم يسبق العلم ، فبماذا يتعلق العلم يا ترى فلا بد من تقدم التكليف على العلم ليتعلق العلم به .

١٣ — ان الانسان المكلف بصفته عبدا لله اذا احتمل وجود احكام صادرة منه سبحانه ، وكان قادرا على امتثاله فان العقل يلزمه بالفحص عليها مقدمة لامتثالها واطاعتها ، فلا يتوقف امكان امتثال الاحكام على العلم بها .

(ب) أن يكون في الحكم ما يحمل المكلف على الامتثال ويكفه عن العصيان وهذا يقتضي علم المكلف بأنه سيعاقب على عدم الطاعة • وتطبيق هذا الشرط على الجرائم معناه أن النص على الجريمة يقتضي النص على العقوبة — ١٤ — •

وظاهر بجلاء من هذه القاعدة الأصولية أنها تعني — كالقاعدتين السابقتين أن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص — ١٥ — •

٨٨ — مصدر هذه القواعد الاصولية :

وهذه القواعد الاصولية التي تقطع بأن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص — ١٦ — في الشريعة الاسلامية ، لا تستند فيما جاءت به الى العقل والمنطق ، ولا تستند الى نصوص الشريعة العامة التي تأمر بالعدل والاحسان وتحرم الظلم والحيف ، وانما تستند الى نصوص خاصة — ١٧ — صريحة في هذا المعنى ، منها قوله تعالى : « وما كنا مُعَذِّبِينَ حتى نبعثَ رسولا » [الاسراء : ١٥] وقوله : « وما كان ربُّك مُهلِكَ القرى حتى يبعث في أمِّهَا رسولا يتلو عليهم آياتنا » [القصص : ٥٩] وقوله : « لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل » [النساء : ١٦] وقوله : « لِأُنذِرَكُم به ومَنْ بلغ » [الأنعام : ١٩] وقوله : « لا يكلف الله نفسا إلا وسْعَهَا »

---

١٤ — لازم الجريمة استحقاق مرتكبها العقاب ، اشتمل النص على بيان العقوبة أو لم يشتمل ، فلا يشترط في صيرورة الفعل جريمة اشتمال النص على العقاب كما ألمعنا الى ذلك آنفا •

١٥ — بالمعنى الآنف الذكر •

١٦ — بالمعنى السابق •

١٧ — منها قوله سبحانه في سورة الطلاق ٧ (لا يكلف الله نفسا الا ما آتاها) •

[البقرة : ٢٨٦] وقوله : « قل للذين كفروا إن ينتهوا يُغفر لهم ما قد سلف » [الأنفال : ٣٨] فهذه النصوص قاطعة في أن لا جريمة الا بعد بيان . ولا عقوبة الا بعد انذار ، وأن الله لا يأخذ الناس بعقاب الا بعد أن يبين لهم وينذرهم على لسان رسله ، وأنه ما كان ليكلف نفسا الا بما تطيقه .

٨٩ ـ متى وجدت قاعدة لا جريمة ولا عقوبة بلا نص ؟ :

وجدت هذه القاعدة في الشريعة الاسلامية من مدة تزيد على ثلاثة عشر قرنا ، حيث جاءت بها نصوص القرآن كما بينا ، وبهذا تمتاز الشريعة على القوانين الوضعية التي لم تعرف هذه القاعدة الا في أعقاب القرن الثامن عشر الميلادي ، حيث أدخلت في التشريع الفرنسي كنتيجة من نتائج الثورة الفرنسية ، وقررت لأول مرة ، في إعلان حقوق الانسان الصادر في سنة ١٧٨٩ ، ثم انتقلت القاعدة من التشريع الفرنسي الى غيره من التشريعات الوضعية .

٩٠ ـ كيف طبقت الشريعة القاعدة ؟ :

بينا فيما سبق أن القاعدة العامة في الشريعة أن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص . ودللنا على ذلك بايراد النصوص الشرعية التي تقرر القاعدة ، وبايراد القواعد الاصولية التي وضعت تطبيقا لهذه القاعدة العامة ، واذا كانت الشريعة تقضي بتطبيق القاعدة على كل الجرائم فإن الشريعة لا تطبق القاعدة على غرار واحد في كل الجرائم ، بل ان كيفية التطبيق تختلف بحسب ما اذا كانت الجريمة من جرائم الحدود . أو جرائم القصاص والدية ، أو جرائم التعازير . وسنرى فيما يلي كيف طبقت الشريعة القاعدة على مختلف أنواع الجرائم .

الفرع الاول

لا جريمة ولا عقوبة بلا نص فى جرائم الحدود

٩١ ــ أثر القاعدة فى جرائم الحدود :

طبقت الشريعة قاعدة أن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص تطبيقا دقيقا في جرائم الحدود . وهذا ظاهر بجلاء من تتبع النصوص التي وردت في هذه الجرائم .

وجرائم الحدود سبع ــ ١٨ ــ :

(١) الزنا . (٢) القذف . (٣) الشرب .

(٤) السرقة . (٥) الحرابة .

(٦) الردة . (٧) البغي .

ففي جريمة الزنا يقول الله تعالى : « ولا تقربوا الزنا » [الاسراء : ٣٢] ويقول ــ ١٩ ــ : « الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة » [النور : ٢] ويقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلا : البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ، والثيِّب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة » فهذه النصوص تحرم الزنا وتعاقب عليه بالتغريب

---

١٨ ــ ذكرنا آنفا ان الفقه الجعفري يضيف الى ذلك ثلاث جرائم وهي اللواط والمساحقة والقيادة .

١٩ ــ ويقول سبحانه وتعالى في سورة الفرقان في صفات المؤمنين (ولايزنون ومن يفعل ذلك يلق أثاما) ١٩ . (يضاعف له العذاب يوم القيامة ويخلد فيه مهانا) ٢٠ .

والجلد والرجم . وهي كل العقوبات ــ ٢٠ ــ المقررة للزنا في الشريعة .

وفي جريمة القذف يقول الله تعالى : « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا

٢٠ ــ وفي الفقه الجعفري عقوبة اخرى هي القتل ، وهو عقوبة للزاني في ثلاث حالات :

الاولى : من زنى باحدى محارمه فان حده القتل ، للحديث المعتبر المروي عن أحد الامامين ، اما محمد بن علي الباقر او جعفر بن محمد الصادق ، انه (ع) قال : من زنى بذات محرم حتى يواقعها ضرب ضربة بالسيف . ويشهد لصحة هــذا الحكم من طرق حفاظ السنة والجماعة ما في الجزء التاسع من كتاب المغني لابن قدامة ص ٢٦ عن الجوزجاني وابن ماجة باسنادهما عن ابن عباس قال : قال رسول الله (ص) من وقع على ذات محرم فاقتلوه .

الثانية : الكافر اذا زنى بمسلمة فان الرأي السائد بين فقهاء المذهب الجعفري أن حده القتل وان لم يكن محصنا ، ويدل على ذلك الخبر المعتبر الذي يرويه حنان بن سدير عن الامام جعفر بن محمد الصادق(ع) انه سئل عن يهودي فجر بمسلمة فقال : يُقتل .

ويشهد لصحة هذه الفتوى ما اتفق عليــه المسلمون من أن الكافر لا يصح له السكنى في بلد الاسلام الا مع الالتزام بشرائط الذمة ألتي منها أن لا يفسد نساء المسلمين ، فاذا زنى بمسلمة فقد خالف هذا الشرط وخرج عن الذمة فيجب قتله .

الثالثة : الحالة الثالثة التي يكون حد الزاني فيها القتل هي ما لو أكره الرجل امرأة فزنا بها ، يدل على صحة هذه الفتوى اخبار معتبرة مروية

عن أئمة أهل البيت (ع) منها خبر العجلي المعتبر الذي يرويه عن الامام محمد بن علي الباقر (ع) انه سئل عن رجل اغتصب امرأة فرجها ، قال يقتل محصنا كان أو غير محصن ، ويؤكد صحة هذا الرأي ما في كتاب اعلام الموقعين لابن قيم ص ٣٧١ قال خرجت امرأة تريد الصلاة فتجللها رجل فقضى حاجته منها ، فصاحت وفر ، ومر عليها غيره فأخذوه فظنت انه هو ، وقالت هذا الذي فعل بي ، فأتوا به النبي (ص) فأمر برجمه ، فقام صاحبها الذي وقع عليها فقال انا صاحبها ، فقال لها النبي (ص) اذهبي فقد غفر الله لك ، وقال للرجل قولا حسنا ، فقالوا ألا ترجم صاحبها ؟ فقال لا ، لقد تاب توبة لو تابها اهل المدينة لقبل منهم •

وذكر ابن قيم ان هذا الحديث ذكره احمد والسنن • ومن البديهي ان الرواية دالة على أن عقاب المكره القتل محصنا كان أو غير محصن ، فان النبي (ص) لم يستفسر عن احصان الرجل الاول وعدم احصانه حينما أمر برجمه ، كما أن الصحابة لم يسألوا عن احصان الرجل الثاني وانما طلبوا رجمه ، وما ذاك الا أن المرتكز في اذهانهم ان عقاب المكره القتل ، وقد أمضى النبي (ص) ما في أذهانهم وعلل عدم قتله بتوبته •

نعم ان الرواية ظاهرة في تعيين الرجم ، والاخبار التي ذكرناها آنفا ظاهرة في عدم وجوبه واذا أردنا أن نأخذ محتوى الدليلين فان ذلك يقتضي الحكم بالتخيير بين القتل والرجم •

هذه أدلة لزوم القتل في الصور الثلاث ، وان لم يكن محصنا ، وهذا هو الموافق للذوق السليم أيضا ، فان الزنا بالمحارم اكبر ذنبا واعظم

وأولئك هم الفاسقون » [النور : ٤] فهذا النص يحرم القذف ويعاقب عليه بعقوبة أصلية هي الجلد ، وبعقوبة تبعية هي الحرمان من حق أداء الشهادة ، وليس للقذف في الشريعة عقوبة غير هاتين العقوبتين •

وفي جريمة الشرب يقول الله تعالى : « انما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه » [المائدة : ٩] ويقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « كل مسكر حرام »، ويقول : « ما أسكر كثيره فقليله حرام » وهذه النصوص قاطعة في تحريم تناول الخمر والمسكرات •

أما العقوبة فقد عين النبي صلى الله عليه وسلم نوعها بقوله : «اضربوه» ولكن لم يؤثر عنه أنه حدد مقدار العقوبة تحديدا قاطعا • وقد روي عنه أنه ضرب أربعين في الخمر ، وروى عنه أن الضرب لم يكن محدد العدد ، وفي عهد عمر — رضى الله عنه — أجمع الصحابة على أن يضرب شارب الخمر ثمانين جلدة قياسا على القاذف ، لأن الشارب إذا سكر هذى ، واذا هذى افترى• فالعقوبة اذا تحددت بقول الرسول وعمله واجماع الصحابة —٢١— •

وزرا ومتى ما عظم الجرم فلا بد وأن يعظم الحد ، كما أن في زنا الكافر بالمسلمة تحديا للمسلمين وخروجا عما يجب عليه تجاههم ، فكان اللازم أن يزيد عقابه على عقاب الكافر لو زنى بكافرة ، او عقاب المسلم اذا زنى بمسلمة •

أما من أكره امرأة وزنى بها فهو يجمع بين جرمين وقد اقترف ذنبين فكان لابد من تشديد عقابه ، بل يمكن المصير الى أن هذا الفعل داخل في الافساد ، وأن عامله ممن يصدق عليه أنه يسعى في الارض فسادا •

٢١ — لا يعتمد علماء الشيعة على اجماع الصحابة ما لم يكن سببا لحصول العلم برأي المعصوم ، وهذا الشرط متحقق في هذا الاجماع على ماتشهد به الروايات من أن امير المؤمنين علي (ع) هو الذي أشار على الخليفة

وسنة الرسول مصدر من مصادر التشريع الاسلامي ، واجماع الصحابة مصدر آخر من مصادر هذا التشريع ، أي أن السنة والاجماع يقوم كلاهما مقام النص على العقوبة .

وفي جريمة السرقة يقول الله تعالى : « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كَسَبَا نَكالا من الله » [المائدة : ٣٨] فهذا النص يحرم السرقة ويحدد عقوبتها .

وفي جريمة الحرابة يقول الله تعالى : « انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويَسْعَوْنَ في الارض فسادا أن يُقتَّلوا أو يُصَلَّبُوا أو تُقَطَّعَ أيديهم وأرجلهم من خلاف او ينفوا من الارض ، ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم » [المائدة : ٣٣] فهذا النص يحرم الحرابة والسعي بالفساد في الارض ، ويعاقب على ذلك بالنفي والقطع والقتل والصلب .

وفي جريمة الردة يقول الله تعالى — ٢٢ — : « ومن يبتغ غير الاسلام

الثاني بذلك وقوله (ع) حجة ، اذ لا ريب عند الشيعة الامامية في عصمة أئمة أهل البيت الاثني عشر (ع) .

٢٢ — لا تختص الآية المباركة في جريمة الردة لما فيها من الحكم بأن الله سبحانه لايقبل غير الاسلام دينا وهي شاملة للمرتد عن الاسلام وللكافر الاصلي ويدل على حكم المرتد عن الاسلام جملة من الاخبار المعتبرة عند الشيعة الأمامية المروية عن أئمتهم (ع) ، فمنها ما روي عن الامام محمد بن علي الباقر انه قال : من رغب عن الاسلام وكفر بما نزل على محمد (ص) فلا توبة له ، وقد وجب قتله ، وبانت منه امرأته ، ويقسم ما ترك على ولده . ومنها ما روي عن الامام جعفر بن محمد الصادق(ع)

دينا فلن يقبل منه » [آل‌عمران : ٨٥] ويقول : « ومن يَرْتَدِدْ منكم عن دينه فيَمُتْ وهو كافر فأولئك حبطت اعمالُهمْ في الدنيا والآخرة » [البقرة : ٢١٧] ويقول النبي صلى الله عليه وسلم : « من بدل دينه فاقتلوه » ويقول أيضا « لا يحل دم امريء مسلم الا باحدى ثلاث : الثيب الزاني والنفس بالنفس ، والتارك لدينه المفارق للجماعة » فهذه النصوص تحرم الردة وتعاقب عليها بالقتل .

وفي جريمة البغي يقول الله تعالى : « وإنْ طائفتان من المؤمنين اقْتَتَلوا فأصلحوا بينهما ، فإن بَغَتْ احداهما على الأخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء الى أمر الله » [الحجرات : ٩] ويقول النبي صلى الله عليه وسلم : « من أتاكم وأمركم على رجل واحد — ٢٣ — ، يريد أن يشق عصاكم ويفرق جماعتكم فاقتلوه » ويقول : « ستكون هنات وهنات فمن أراد أن

انه قال : كل مسلم بين مسلمين ارتد عن الاسلام وجحد محمدا بنبوته وكذبه ، فان دمه مباح لكل من يسمع ذلك منه ، وامرأته بائنة منه يوم ارتد ، فلا تقربه ، ويقسم ماله على ورثته ، وتعتد امرأته عدة المتوفي عنها زوجها وعلى الامام أن يقتله .

٢٣ — المراد به رئيس الدولة الاسلامية بحق المطبق للاسلام والسائر على هداه ، والمأمور بقتله من لا يتبع سنة الله ولا يستنير بها ، كما يشهد لذلك ما روي عنه (ص) انه قال : قد كتب على المؤمنين الجهاد في الفتنة من بعدي ، كما كتب عليهم الجهاد مع المشركين معي ، فقال السائل يا رسول الله ما الفتنة التي كتب علينا فيها الجهاد ، قال (ص): فتنة قوم يشهدون أن لا اله الا الله ، واني رسول الله ، وهم مخالفون

يفرق هذه الأمة وهي جمع ، فاضربوه بالسيف كائنا من كان » • فهذه النصوص تحرم بغي طائفة على طائفة ، وتجعل جزاء البغي القتال والقتل حتى يفيء الباغي ويرجع عن بغيه •

هذه هي جرائم الحدود ليس فيها جريمة الا نص على تحريمها ونص على عقوبتها ، بل لقد عينت الشريعة العقوبات في جرائم الحدود تعيينا دقيقا بحيث لم تترك للقاضي أية حرية في اختيار نوع العقوبة أو تقدير كمها ، حتى ليمكن القول بأن هذه العقوبات ذات حد واحد حكما ، وان كان بعضها يحتمل بطبيعته أن يكون ذا حدين • فلا تسمح الشريعة للقاضي أن ينقص العقوبة أو يستبدل غيرها بها أو يوقف تنفيذها • ولم تجعل الشريعة لظروف الجريمة أو المجرم أي أثر على عقوبات جرائم الحدود ، كما أنها لم تجعل للسلطة التنفيذية حق العفو عن هذه العقوبات — ٢٤ — ومن ثم سميت هذه العقوبات بالعقوبات المقدرة حقا لله تعالى ، اشارة الى انها محددة النوع والمقدار ، وأنها لازمة فلا يمكن المساس بها •

لسنتي ، طاعنون في ديني ، قال السائل قلت فعلام نقاتلهم يا رسول الله وهم يشهدون أن لا اله الا الله وانك رسول الله ، فقال : احداثهم في ديني وفراقهم لأمري •

٢٤ — مع عدم توبة المجرم ، أو مع توبته بعد ثبوت الجرم عليه بالبينة •

أما لو تاب قبل ثبوت الجرم عليه ، فلا اشكال في سقوط الحد عنه واما لو تاب بعد ثبوت الجرم بالاقرار ، فيتخير الحاكم الشرعي بين اقامة الحد عليه وبين العفو عنه ، وقد مر عليك ذلك آنفا وقد ذكرنا موافقته للذوق السليم •

الفرع الثاني

لا جريمة ولا عقوبة بلا نص فى جرائم القصاص والدية

٩٢ ـ أثر القاعدة فى جرائم القصاص والدية :

طبقت الشريعة قاعدة أن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص ـ ٢٥ ـ تطبيقا دقيقا في جرائم القصاص والديـة ، وليس ادل على ذلك من استعراض النصوص التي وردت في هذه الجرائم .

والجرائم التي يعاقب عليها بالقصاص هي : القتل العمد ، واتلاف الأطراف عمدا ، والجرح العمد .

أما الجرائم التي يعاقب عليها بالدية فهي جرائم القصاص اذا عفي عن القصاص ـ ٢٦ ـ أو امتنع القصاص لسبب شرعي ، ثم القتل شبه العمد، والقتل الخطأ ، واتلاف الأطراف خطأ ، والجرح الخطأ .

ففي جريمة القتل العمد يقول الله تعالى : « ولا تقتلوا النفس التي

---

٢٥ ـ بالمعنى الذي ذكرناه آنفاً .

٢٦ ـ وطالب بالدية ففي هذه الحالة يلزم المجرم بدفع الدية اليه ، اما اذا عفا عن القصاص ولم يذكر الدية فهل يجب على الجاني دفع الدية اليه، الرأي السائد في الفقه الجعفري هو عدم الوجوب ، لان الثابت فيذمة الجاني هو القصاص وقد عفا عنه الولي ، واما الدية فلا دليل على لزوم دفعها .

حرَّمَ الله إلا بالحق» [الاسراء : ٣٣] ويقول : « يأيها الذين آمنوا كُتِب عليكم القصاص في القتلى : الحر بالحر ، والعبد بالعبد ، والأنثى بالأنثى ، فمن عُفِيَ له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء اليه باحسان » [البقرة : ١٧٨] ويقول جل شأنه : « وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس » [المائدة : ٤٥] ويقول الرسول صلى الله عليه وسلم « من اعتبط مؤمنا بقتل فهو قَوَد به الا ان رضي ولي المقتول » — ٢٧ — ويقول : « من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين : ان أحبوا فالقود — اي القصاص — وان أحبوا فالعقل أي الدية » • ويقول : « في النفس مائة من الإبل » — ٢٨ — •

---

٢٧ — ويقول الامام جعفر بن محمد الصادق (ع) : من قتل مؤمنا معتمدا قيد به الا أن يرضى اولياء المقتول أن يقبلوا الدية ، فان رضوا بالدية فالدية وأحب ذلك القاتل •

٢٨ — الرأي السائد بين فقهاء المذهب الجعفري ان دية العمد مخيرة بين مائة من مسان الابل ، أو مائتي بقرة ، أو مائتي حلة ، أو ألف دينار ، أو ألف شاة ، او عشرة آلاف درهم •

ويستندون في حكمهم المذكور الى روايات معتبرة عندهم ، ويشهد لصحة قولهم ما في كتاب اعلام الموقعين عن مسند الامام احمد بن حنبل قال قضى (ص) في العين بنصف الدية خمسين من الابل أو عدلها ذهبا أو ورقا ، أو مأة بقرة أو ألف شاة •

وانما يلزم المجرم بدفع الدية المذكورة اذا اتفق الجاني وولي الدم على دفع الدية ولم يعينا جنسها ولا مقدارها واما اذا عينا غير هذه الاجناس أو غير هذه المقادير من هذه

فهذه النصوص تحرم القتل العمد وتجعل عقوبته القصاص الا اذا عفا ولي القتيل على الدية . فتكون العقوبة الدية ، وهي مائة من الإبل .

وفي جريمة اتلاف الأطراف عمداً والجرح العمد يقول الله جل شأنه : « ولكم في القِصَاصِ حياةٌ يا أولي الألباب لعلكم تتقون » [البقرة : ١٧٩] ويقول : « وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس ، والعين بالعين ، والأنف بالأنف ، والأذن بالاذن ، والسن بالسن ، والجرح قصاص . فمن تصدق به فهو كفارة له . ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون » [المائدة : ٤٥] ويقول : « فمن اعتدَى عليكم فاعتدوا عليه بِمِثْلِ ما اعتدى عليكم » . [البقرة : ١٩٤] ويقول : « وان عاقبتم فعاقِبوا بمثل ما عُوقِبْتُم به » [النحل : ١٢٦] فهذه النصوص صريحة في تحريم اتلاف الاطراف والجراح ، وفي جعل عقاب الجريمة القصاص في حالة العمد .

وفي جريمة القتل شبه العمد يقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « ألا ان في قتيل عمد الخطأ : قتيل السوط ، والعصا ، والحجر ، مائة من الأبل » فهذا النص يحرم القتل شبه العمد ، ويعاقب عليه بالدية .

وفي جريمة القتل الخطأ يقول الله تعالى : « وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا الا خطأ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودِيَةٌ مسلمة الى

الاجناس نفسها فيلزم المجرم بما عيناه واتفقا عليه .

اما الدية الواجب دفعها لولي الدم في جريمة القتل اذا لم تكن الجريمة عمدية بل كانت شبيهة بالعمد فديتها الدية المذكورة عينها الا أن الابل لا يلزم ان تكون مسنة بل لها اسنان خاصة ذكرها فقهاء الامامية في كتبهم الموسعة .

أهله الا أن يصدّقوا . فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة . وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى أهله وتحرير رقبة مؤمنة، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله وكان الله عليما حكيما » [النساء : ٩٢] ويقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : «وفي دية الخطأ عشرون حقة ، وعشرون جذعة ، وعشرون بنت مخاض . وعشرون بنت لبون ، وعشرون بنو مخاض » فهذان النصان يحرمان القتل الخطأ ، ويعاقبان عليه بالدية ، ويبينان مقدارها وأوصافها — ٢٩ — .

وفي قطع الأطراف والجراح خطأ حدد الرسول العقوبة على أساس أن ما كان في الجسم منه عضو واحد كالأنف والذكر واللسان ففيه الدية كاملة وما كان في الجسم منه عضوان ففيه نصف الدية فقال صلى الله عليه وسلم : « في الأنف اذا أوعب مارنه جدعا الديه » وقال : « وفي اللسان الديـة ، وفي الذكر الدية» وقال: «في الصلب الدية» وقال: «في اليدين الدية،وفي الرجلين الدية» وقال: «في الانثيين الدية» وقال: «في الأذنين الدية» وقال: «في العين خمسون من الابل » وقال : « في السن خمسون من الابل » وأوجب الرسول الدية في

٢٩ — الرأي السائد بين فقهاء المذهب الجعفري أن دية الخطاء متفقة مع دية العمد في المقدار ولكنها مختلفة في الاوصاف والمعروف عندهم في اسنان الابل ان عشرين منها بنت مخاض ، وعشرين منها ابن لبون، وثلاثين منها ابنة لبون وثلاثين حقة . ودليلهم في ذلك ما روي بطريق معتبر عن أمير المؤمنين أنه ذكرها بالاوصاف المذكورة ، واما الحديث الذي ذكره المصنف فلا يمكن الاعتماد عليه لان الراوي له حنيف بن مالك يرويه عن ابن مسعود وحنيف مجهول كما صرح بذلك ابن رشد في كتابه بداية المجتهد ، ولم يجد احدا وثقه من علماء الرجال .

اذهاب المعاني ، كالسمع والبصر والعقل •

أما الجراح فقد حدد النبي عقوبة بعضها دون بعض ، فجعل أرش الموضحة خمسا من الابل . وأرش الهاشمة عشرا من الابل ، وفي الآمة والدامغة (١) ثلث الدية ، وجعل في كل جرح يصل الى الجوف ثلث الدية •

والقاعدة العامة في الشريعة : أن كل تلف أو جرح لم يحدد له الرسول دية أو أرشا (٢) فيه حكومة ، وهي ما يحكم به القاضي بناء على تقدير أهل الخبرة — ٣٠ — بحيث لا يمكن أن تصل الحكومة الى الدية أو الأرش الذي عينه الرسول للتلف أو الجرح الذي يليه في الشدة • وهذه القاعدة مجمع عليها من الأمة •

والدية في قطع الأطراف والجراح العمدية هي الدية الواجبة في الخطأ نفسها ولكنهما يختلفان في الوصف ، فدية العمد مغلظة ، ودية الخطأ مخففة طبقا لأحاديث الرسول وفعله •

واذن فالعقوبة في اتلاف الأطراف محددة تحديدا لا شك فيه بنصوص صريحة في معظم الاحوال ، وباجماع لا شك فيه في بقية الحالات ، والاجماع

---

(١) الموضحة والهاشمة والآمة والدامغة أسماء لجراح تصيب الرأس والوجه وتسمى الشجاج . والموضحة : هي التي تكشف عن العظم . والهاشمة : هي التي تهشم العظم . والآمة : هي التي تصل الى الجلدة التي تغطي المخ . والدامغة : هي التي تصل الى المخ نفسه . ويطلق الفقهاء لفظ الشجاج على جراح الرأس والوجه . أما ما عدا ذلك فيسمونه جراحا الا ما يصل للتجويف الصدري والبطني فيسمونه جائفة .

(٢) يطلق لفظ الدية على الدية الكاملة : ويطلق لفظ الارش على بعض الدية .

---

٣٠ — وكيفية التقدير هو فرض الجاني عبدا ، ويرى أن هذه الجريمة كم كانت تنقص قيمته في فرض عبوديته •

كما علمنا مصدر تشريعي من مصادر الشريعة الإسلامية ، وهو ملزم للمكلف، كما يلزمه النص الصريح •

ومما سبق يتبين أن جرائم القصاص والدية منصوص عليها وعلى عقوباتها وأن الشريعة عينت هذه العقوبات تعيينا دقيقا بحيث لم تترك للقاضي حرية في اختيار العقوبة أو تقديرها ، فكل مهمته أن يوقع العقوبة المقررة اذا ثبت لديه أن الجاني هو الذي ارتكب الجريمة بغض النظر عن ظروف الجريمة وظروف الجاني •

ويلاحظ أن سلطة القاضي في جرائم القصاص والدية تماثل سلطته في جرائم الحدود • ولا تفترق عنها الا في أن القاضي ملزم أن لا يطبق عقوبة القصاص أو الدية اذا عفا عنها المجني عليه أو وليه ، وأن يطبق العقوبة التي توجبها الشريعة أو يوجبها ولي الامر في حالة العفو عن القصاص والدية •

وعقوبة القصاص وعقوبة الدية من العقوبات المقدرة ، لأنها محددة النوع والمقدار ، ولكنها مقدرة حقا للافراد ، ومن ثم كان للمجني عليه أو وليه العفو عن العقوبة لأنها حقه ، وصاحب الحق يستطيع أن يستوفيه وأن يتركه ، أما ولي الامر فليس له أن يسقط عقوبة القصاص أو الدية أو يعفو عن احدهما ، كما أنه لا يستطيع أن يسقط عقوبات الحدود أو يعفو عنها ، لانه لا يملك اسقاط حقوق الله ولا حقوق الأفراد (١) وان كان عليه أن يستوفيها لان استيفاءها من مقتضيات وظيفته •

---

(١) يقسم الفقهاء الحقوق التي تنشأ عن الجرائم الى نوعين : حقوق لله تعالى ، وحقوق للآدميين ، ويعتبرون الحق لله تعالى كلما كان خالصا لله أو كان حق لله فيه غالبا ، ويعتبرون الحق للعبد كلما كان خالصا له أو كان حق العبد غالبا فيه . وتنشأ حقوق الله عن الجرائم التي تمس مصالح الجماعة ونظامها وتنشأ حقوق الآدميين عن الجرائم التي تمس حياة الأفراد وحقوقهم ، وحين ينسب الفقهاء الحق لله يعنون بذلك أنه لا يقبل الاسقاط من الافراد ولا من الجماعة ، وحين ينسبون الحق للافراد يعنون بذلك أنه لا يقبل الاسقاط الا

الفرع الثالث

لا جريمة ولا عقوبة بلا نص فى جرائم التعازير

٩٣ — أثر القاعدة فى جرائم التعازير :

طبقت الشريعة قاعدة أن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص — ٣١ — في جرائم التعازير أيضا ، وكان من المنطقي ان تطبقها ؛ لأن القاعدة من القواعد الاساس في الشريعة فلا يمكن اهمالها ، ولكن الشريعة لم تطبق القاعدة من الافراد .

والواقع أن كل جريمة تمس مصلحة الجماعة انما تمس فى النهاية مصلحة الافراد ، وكل جريمة تمس مصلحة الافراد تمس فى النهاية مصلحة الجماعة ولو كان محل الجريمة حقا خالصا للفرد . وفى هذا يقول احد الفقهاء : (ما من حق لآدمي الا ولله فيه حق اذ من حق الله على كل مكلف ترك أذاه لغيره) راجع شرح الزرقاني على مختصر خليل ج ٨ ص ١١٥ — فاذا اعتبرت الشريعة بعض الجرائم ماسة بمصلحة الجماعة فذلك لانها تمس مصلحة الجماعة أكثر مما تمس مصلحة الفرد واذا اعتبرت بعض الجرائم ماسة بمصلحة الافراد ، فذلك لانها تمس مصلحة الافراد ، أكثر مما تمس مصلحة الجماعة .

والاصل فى الشريعة : أن فرض العقوبة واستيفاءها حق لله تعالى ولكن الشريعة جعلت استيفاء بعض العقوبات حقا للافراد ، كعقوبة القصاص والدية فلهم أن يتمسكوا بها او يتنازلوا عنها . فاذا تنازلوا عنها كان للجماعة أن تعاقب الجاني بالعقوبة الملائمة لظروف الجريمة والمجرم . وعلى هذا فان جعل استيفاء بعض العقوبات حقا للافراد لا يسلب الجماعة حقها فى فرض عقوبات أخرى على هذه الجرائم ، ولا يمنع من تنفيذ هذه العقوبات الاخرى بمعرفة الجماعة .

والخلاصة : أن الحق ينسب لله كلما كان خالصا لمصلحة الجماعة أو غلبت عليه مصلحة الجماعة ونسبة الحق لله لا تفيده جل شأنه شيئا ، وانما تمنع الجماعة والافراد من اسقاط الحق ، لان حق الله لا يملك أحد أسقاطه .

---

٣١ — ويكفي النص على حرمة الفعل وان لم يصرح فيه باستحقاق صاحب العقاب .

على الوجه الذي طبقتها به على جرائم الحدود . او جرائم القصاص والدية . ولم تتقيد بالحدود الضيقة التي قيدت بها تطبيق القاعدة في تلك الجرائم وانما توسعت الشريعة في تطبيق القاعدة على جرائم التعازير الى حد ما ، لأن المصلحة العامة وطبيعة التعزير تقتضيان هذا التوسع الذي جاء على حساب العقوبة في اغلب الاحوال ، وعلى حساب الجريمة في القليل النادر .

وقد جاء هذا التوسع على حساب العقوبة ، لأنه لا يشترط في جرائم التعازير ان يكون لكل جريمة عقوبة معينة محددة يتقيد بها القاضي كما هو الحال في جرائم الحدود او جرائم القصاص والدية ، فللقاضي ان يختار لكل جريمة ولكل مجرم العقوبة الملائمة من مجموعة من العقوبات شرعت لعقاب الجرائم التعزيرية كلها . وللقاضي ان يخفف العقوبة وان يغلظها .

وجاء التوسع على حساب الجريمة ، لأنه يجوز في بعض الجرائم التي تمتاز بصفات معينة ان لا ينص على الجريمة بحيث يعينها النص تعيينا كافيا ، بل يكفي ان ينص عليها بوجه عام .

٩٤ ـ ما هو التعزير ؟ :

ولأجل أن نتبين أثر القاعدة تماما في جرائم التعازير يجب أن نعرف قبل كل شيء ما هو التعزير ؟ والتعزير : هو تأديب على ذنوب لم تشرع فيها الحدود [١] ، أي هو عقوبة على جرائم لم تضع الشريعة لأيها عقوبات معينة محددة ، فهو يتفق مع الحدود [٢] ، من وجه وهو أنه تأديب استصلاح وزجر يختلف بحسب اختلاف الذنب ، ولكنه يختلف عنها من وجهين [٣] : —

(١) الاحكام السلطانية ص ٢٠٥ . بدائع الصنائع ج ٧ ص٦٣ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦١ .

(٢) المقصود بالحدود : العقوبات المقدرة وهي المقررة لجرائم الحدود وجرائم القصاص والدية .

(٣) الاحكام السلطانية ص ٢٠٦ ، ٢٠٧ .

أولهما : أن لكل حد عقوبة معينة أو عقوبات لا محيص من توقيعها على الجاني ، أما في التعزير فهناك مجموعة من العقوبات تبدأ من النصح وتنتهي بالجلد والحبس ، وقد تصل للقتل في الجرائم الخطيرة ، ويترك للقاضي أن يختار من بين هذه المجموعة العقوبة الملائمة للجريمة لحال المجرم ونفسيته وسوابقه ، وللقاضي أن يوقع أكثر من عقوبة ، وله أن يخفف العقوبة أو يشددها ، وله ان يوقف التنفيذ ان رأى في ذلك ما يكفي لردع الجاني وتأديبه .

ثانيهما : أن عقوبة الحد لا يجوز لولي الامر فيها العفو . أما عقوبات التعازير فلولي الأمر العفو عنها كلها أو بعضها .

٩٥ ـ الشريعة لم تنص على كل جرائم التعازير :

لم تنص الشريعة على كل جرائم التعازير ، ولم تحددها بشكل لا يقبل الزيادة والنقصان ، كما فعلت في جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية . وانما نصت على ما تراه من هذه الجرائم ضارا بصفة دائمة بمصلحة الافراد والجماعة والنظام العام . وتركت لأولي الأمر في الأمة أن يحرموا ما يرون بحسب الظروف أنه ضار بصالح الجماعة أو أمنها أو نظامها . وأن يضعوا قواعد لتنظيم الجماعة وتوجيهها ، ويعاقبوا على مخالفتها . والقسم الذي ترك لأولي الأمر من جرائم التعازير أكبر من القسم الذي نصت عليه الشريعة وحددته . ولكن الشريعة لم تترك لأولي الامر حرية مطلقة فيما يحلون أو يحرمون بل أوجبت أن يكون ذلك متفقا مع نصوص الشريعة ومبادئها العامة وروحها التشريعية .

٩٦ ـ أقسام التعزير :

ينقسم التعزير ثلاثة أقسام (١) تعزير على المعاصي (٢) وتعزير للمصلحة

العامة (٣) وتعزير على المخالفات •

والأول فرض على أفعال حرمتها الشريعة بذواتها ويعتبر اتيانها معصية• والثاني فرض لأفعال وحالات لم تحرم لذواتها وانما حرمت لأوصافها • ولا يشترط في الفعل أو الحالة المحرمة أن يكون معصية ــ والثالث فرض على أفعال حرمتها الشريعة بذواتها ويعتبر اتيانها مخالفة ولا يعتبر معصية •

والفرق بين هذه الأقسام الثلاثة ، أن الفعل في القسم الاول يكون محرما دائما ومعتبرا معصية ، وفي القسم الثاني لا يكون الفعل محرما الا اذا توفر فيه وصف معين ؛ لأن الفعل ذاتــه ليس معصية ، أما في القسم الثالث فيكون الفعل مأمورا به أو منهيا، ولكن اتيانه يعتبر مخالفة لا معصية•

القسم الاول

فى التعزير على المعاصي

٩٧ ــ التعزير على المعاصي :

من المتفق عليه أن التعزير يكون في كل معصية لاحد فيها ولا كفارة سواء كانت المعصية لله أو لحق آدمي (١) ، ومعنى أن المعصية لله أنها تمس حقوق الجماعة أو أمنها أو نظامها ، ومعنى أنها لحق آدمي أنها تمس حقوق الأفراد .

والمعاصي هي اتيان ما حرمته الشريعة من المحرمات وترك ما أوجبته من الواجبات (٢).

ويعرف المحرم بأنه ما طلب من المكلف الكف عن فعله طلبا حتما ، بأن تكون صيغة طلب الكف دالة على الحتم مثل قوله تعالى : « حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير » أو أن يكون النهي عن الفعل مقترنا بما يدل على أنه حتم ــ ٣٢ ــ مثل قوله تعالى : « ولا تقربوا الزنا انه كان فاحشة »

(١) المهذب ج ٢ ص ٣٠٦ ــ مواهب الجليل ج ٦ ص ٣١٩ ، ٣٢٠ المغني والشرح الكبير ج ١٠ ص ٣٤٧ ــ حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢٥١ ــ الزيلعي ج ٣ ص ٢٠٧ .

(٢) المعنى الفني للمعصية يقابل تماما بالمعنى للجريمة في استعمالنا القانوني .

٣٢ ــ الرأي السائد بين المحققين من علماء الشيعة الامامية هو استفادة الحرمة من النهي وان لم يقترن بما يدل على الحرمة ما لم يقترن بما يدل على عدمها .

وقوله : « ولا تقتلوا النفس التي حرم الله الا بالحق » . أو أن يكون الامر بالاجتناب مقترنا بذلك — ٣٣ — ، نحو قوله تعالى : « انما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه » أو أن يكون طلب الكف مقترنا بترتيب عقوبة مثل قوله تعالى : « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة » .

ويعرف الواجب بأنه ما طلب فعله من المكلف طلبا حتما بأن اقترن طلبه بما يدل على تحتيم فعله ، مثل قوله تعالى : « ولتكن منكم أمة يدعون الى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر » . ومثل قوله : « ان الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات الى أهلها واذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل » .

ويختلف المحرم عن المكروه ، فالمكروه هو ما طلب من المكلف الكف عن فعله طلبا غير حتم ، فان كان الطلب حتما فهو المحرم .

ويختلف الواجب عن المندوب ، فالمندوب هو طلب فعله من المكلف طلبا غير حتم ، فان كان الطلب حتما فهو الواجب .

وقد يشتبه المحرم بالمكروه ، ويشتبه الواجب بالمندوب ، وفي هذه الحالة يعتمد على القرائن لبيان نوع الطلب ، فان دلت القرائن على الكف المحتم فهو المحرم ، وان دلت على الفعل المحتم فهو الواجب ، أما اذا دلت على الكف غير المحتم فهو المكروه ، وان دلت على الفعل غير المحتم فهو المندوب . ومن أهم القرائن المعتبرة في حالة الاشتباه قرينة العقوبة ، فان فرضت على مخالفة الطلب عقوبة فالفعل محرم أو واجب ، وان لم تفرض

---

٣٣ — الرأي السائد بين المحققين من فقهاء المذهب الجعفري هو استفادة الوجوب من الأمر الامر ، وان كان مجردا عن قرينة تدل على الوجوب مالم يقترن بما يدل على عدم الوجوب .

عقوبة فالفعل مكروه أو مندوب ـ ٣٤ ـ ما لم يُستفد الحتم من قرينة أخرى ، ولهذا ـ ٣٥ ـ يعرف بعض علماء الاصول المحرم : بأنه مااستحق فاعله العقوبة ، ويعرف الواجب : بأنه ما يستحق تاركه العقوبة ، ويعرف المكروه : بأنه مالا يستحق فاعله العقوبة وان استحق اللوم ، ويعرف المندوب بأنه مالا يستحق تاركه العقوبة وقد يستحق اللوم . وهي تعريفات غير دقيقة كما يرى بعض آخر [١] .

٩٨ ـ أنواع المعاصي :

يقسم الفقهاء المعاصي الى ثلاثة أنواع :

النوع الاول :

ما فيه الحد [٢] وقد تضاف الى حد الكفارة ، مثل القتل والسرقة والزنا وغير ذلك من جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ، ولا يدخل تحت هذا

(١) الاحكام فى أصول الاحكام للآمدي ج ١ ص ١٦٠ ـ ١٧٤ ، علم أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف ٧٩ ـ ٨٩ .
(٢) المقصود بالحد هنا العقوبة .

٣٤ ـ لا يكون عدم ذكر العقاب على الترك والفعل قرينة على عدم الوجوب والحرمة بنظر محققي علماء الشيعة بداهة أن العرف يفهم الالزام من نفس الامر والنهي وان لم يشتملا على تهديد بالعقاب ويشهد بذلك خلو اكثر الاوامر والنواهي من التهديد بالعقاب مع استفادة العرف والفقهاء منها الالزام .

٣٥ ـ ان التعاريف المذكورة انما يستفاد منها الملازمة بين ترك الواجب واتيان الحرام وبين استحقاق العقاب ولا تدل على أن الامر والنهي

النوع الا جرائم الحدود وعددها سبع — ٣٦ — ، وجرائم القصاص والدية وعددها خمس ، لأن هذه الجرائم دون غيرها هي التي تعاقب عليها الشريعة بعقوبة الحد أي بعقوبة مقدرة .

والاصل في هذا النوع من المعاصي أن عقوبة الحد تغني فيه عن التعزير، لكن ليس ثمة ما يمنع ان يجتمع التعزير — ٣٧ — مع عقوبة الحد اذا اقتضت ذلك المصلحة العامة ، وهذا هو اتجاه المذاهب الاربعة .

فمالك يرى تعزير الجاني مع عقوبة القصاص في الجناية عمدا على ما دون النفس [١] ، وحجته في هذا أن القصاص جعل مقابلا للجريمة ، وهو حق المجني عليه ، وأن التعزير للتأديب وهو حق الجماعة ، ولا يرى مالك الجمع بين القصاص والتعزير في القتل العمد ، لأنه لا فائدة من التعزير مع القتل ، ولكنه يرى التعزير كلما سقط القصاص لمانع من الموانع [٢] .

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٧ . شرح الدردير ج ٤ ص ٢٢٤ .
(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٨ .

لا يستفاد منهما الالزام الا مع اشتمالها على استحقاق العقاب لتكون مؤيدة لما ادعاه المؤلف .

٣٦ — مر عليك قريبا أن علماء الفقه الجعفري يضيفون الى هذه الجرائم السبع ثلاث اخرى أوجبوا فيها الحد الشرعي وهي اللواط أو المساحقة والقيادة .

٣٧ — المانع عن ذلك ادلة الحدود نفسها الدالة على تحديدها بمقدار خاص فان المستفاد منها عرفا انحصار العقاب فيها الا اذا كانت الجريمة في مكان او زمان يوجب عظمها ، كأن يزني في احد المساجد ، أو في شهر رمضان فان للحاكم الشرعي أن يضيف الى الحد عقوبة زائدة

وفي مذهب الشافعي يجبزون اجتماع الحد مع التعزير ، كما قتل من لا يقاد به ، فان عليه الدية وهي حد وعليه التعزير ، وكالزيادة على الاربعين في حد الشرب ، لأن حد الشرب عند الشافعية أربعون جلدة ، وما زاد على ذلك فهو عندهم تعزير ، وكتعليق يد السارق في عنقه بعد قطعها فان القطع هو الحد والتعليق تعزير (١) .

وفي مذهب أحمد يجيزون تعليق يد السارق في عنقه بعد قطعها (٢) ، ومعنى هذا أنهم يجيزون أن يجتمع مع الحد التعزير .

وفي مذهب ابي حنيفة يعتبرون التغريب المقرر للزاني غير المحصن تعزيرا لاحدا ، ويجيزون أن يجتمع التغريب مع الحد بهذه الصفة ومعنى هذا أنهم يجيزون اجتماع الحد مع التعزير (٣) .

النوع الثاني :

ما فيه الكفارة ولا حد فيه كالوطء في نهار رمضان والوطء في الاحرام .

والكفارة في أصلها نوع من العبادة ، لأنها عبارة عن عتق او صوم أو اطعام مساكين ، فاذا فرضت فيما لا يعتبر معصية كانت عبادة خالصة ، ومثل ذلك الاطعام بدل الصوم لمن لا يطيق الصوم ، واذا فرضت على معصية فهي عقوبة خالصة ، كالكفارة في القتل الخطأ والظهار ، والكفارة في هذا تشبه

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٢ . نهاية المحتاج ج ٨ ص ١٨ .
(٢) المغني ج ١٠ ص ٢٦٦ .
(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٩ . شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣٦ .

حسبما يراه من المصلحة كما صرح بذلك جماعة من أكابر فقهاء المذهب الجعفري .

المال ، فهو قد يكون عقوبة جنائية كما في حالة الغرامة ، وقد يكون تعويضا اذا حكم به لتعويض الضرر ، وقد يكون عقوبة وتعويضا اذا جمع بين العقوبة والتعويض كالدية •

والمعاصي التي تدخل تحت هذا النوع محدودة ، ومحلها افساد صيام . او افساد احرام ، أو حنث في يمين ، أو وطء في حيض أو ظهار (١)•

ويختلف الفقهاء في جواز التعزير في هذا النوع من المعاصي ، فيرى البعض أن لا تعزير فيه ، اكتفاء بالعقوبة التي حددت له وهي الكفارة ، ويرى البعض الآخر ورأيهم الراجح أنه لا يجوز — ٣٨ — أن يجتمع مع الكفارة التعزير (٢) •

النوع الثالث :

ما لا حد فيه ولا كفارة ، كتقبيل المرأة الاجنبية والخلوة بها ، والشروع في السرقة ، وأكل الميتة ، ويدخل تحت هذا النوع مالا يدخل تحت النوعين

(١) عبرنا بهذه العبارات لنجمع بين مختلف الآراء فهناك مثلا من يرى الكفارة على الوطء فى الحيض ، وهناك من لا يراها ، وهناك من يقول بالكفارة فى الوطء فى الصيام فقط ، ومن يقول بها فيما يفطر ويغذي .

(٢) أعلام الموقعين ج ٢ ص ٢٢١ — المقدمات لابن رشد ج ٢ ص ٢٥١ — تبصرة ج ٢ ص ٢٥٩ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٢ — نهاية المحتاج ج ٨ ص ١٨ .

٣٨ — بل الرأي الراجح عدم الجواز وانحصار الشعاب بالكفارة لان المستفاد من أدلتها عدم استحقاق المجرم عقابا غيرها •

أما كفارة الظهار فهي عقاب على وطي الزوج زوجته بعد أن ظاهر منها ، ويستحق العقاب على نفس الظهار لكونه أمرا محرما وكل محرم يستحق فاعله العقاب عليه ولا مانع من اجتماع العقابين لعدم كونهما على أمر واحد •

ويلم بها لو راجع النصوص من قرآن وسنة ، فالسبيل الى معرفة المعاصي هو نفس السبيل الذي تعرف به الجرائم في القوانين الوضعية ، هو الاطلاع والدراسة ، فمن اطلع ودرس عرف المعاصي في الشريعة ، وعرف الجرائم في القوانين الوضعية ، ومن لم يطلع ولم يدرس فهو جاهل بالشريعة ، كما هو جاهل بالقوانين وبغيرها من العلوم • وليس بعيب الشريعة في أي شيء أن المعاصي لم تجمع في كتاب واحد ، فان العبرة ليست بجمع الجرائم في كتاب خاص بها ، وانما العبرة بالنص على الافعال المعتبرة جرائم ، وعلى عقوباتها. على أنه ليس في الشريعة ما يمنع أولي الامر من جمع المعاصي في كتاب خاص تبين فيه واحدة واحدة • مرتبة بحسب نوعها او عقوبتها أو محلها أو غير ذلك من أوجه الترتيب والتنظيم ما دام المقصود من التجميع تسهيل الاطلاع على المعاصي وتيسير العلم بها •

ومن يراجع النصوص الشرعية ويدرسها يستطيع دون شك أن يجد لكل معصية نصا صريحا حرمها ، ونصا صريحا يعاقب عليها ان كانت المعصية معاقبا عليها بالحد أو الكفارة ، أما ان كان معاقبا عليها بالتعزير فإنه يجد النص الذي حرمها ، والنصوص التي فرضت عقوبات التعزير عليها وعلى غيرها •

ولقد استعرضنا جرائم الحدود . وجرائم القصاص والدية ، فوجدنا لكل هذه الجرائم نصوصا تحرمها . وتحد عقوباتها ، وهذه الجرائم تدخل كما علمنا تحت النوع الاول من أنواع المعاصي ، وهو النوع الذي فيه الحد أصلا والكفارة مع الحد أحيانا . وبقى أن نستعرض النوع الثاني من المعاصي الذي فيه الكفارة ، والذي قلنا ان هناك خلافا على التعزير فيه — ٤٢ — ، وبعد أن نستعرض النصوص التي وردت فيه ، نستعرض النوع الثالث من

---

٤٢ — مر عليك آنفا رأي الفقه الجعفري فراجع •

المعاصي وهو النوع الذي لا حد فيه ولا كفارة .

١٠٠ ـ المعاصي التي فيها الكفارة ولا حد فيها :

ذكرنا أن هذه المعاصي هي افساد الصيام ، وافساد الاحرام ، والحنث في اليمين ، والوطء في حيض ، والوطء في ظهار ، وسنعرضها واحدة بعد أخرى .

افساد الصيام : يقول الله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا كُتبَ عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم » [البقرة : ١٨٣] ويقول « أُحِلَّ لكم ليلة الصيام الرفثُ الى نسائكم ، هُنَّ لباس لكم وأنتم لباس لهن ، علم الله أنكم كنتم تختانون أنفسكم فتاب عليكم وعفا عنكم ، فالآن باشروهن وابتغوا ما كتب الله لكم ، وكلوا واشربوا حتى يتبينَ لكم الخيطُ الابيضُ من الخيط الأسود من الفجر ، ثم أتموا الصِّيامَ الى اللَّيْل ، ولا تباشروهن وانتم عاكفون في المساجد ، تلك حدودُ الله فلا تقربوها » [البقرة : ١٨٧]. وروى أبو هريرة ، أن رجلا جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : « هلكتُ يا رسول الله . قال : وما أهلكك ؟ قال : وقعت على امرأتي في رمضان . قال : هل تجد ما تعتق به رقبة ؟ قال : لا . قال ! فهل تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين ؟ قال : لا . قال : فهل تجد ما تطعم به ستين مسكينا ؟ قال : لا . ثم جلس فأتى النبي بفرق فيه تمر فقال : تصدق بهذا ». فهذه نصوص صريحة تفيد وجوب الصوم وتحرم افساده بجماع او طعام او شراب وتجعل عقوبة من أفسد صيامه بجماع — ٤٣ — ، عتق رقبة ، أو صيام

---

٤٣ ـ ويدل على عقوبة من أفسد صومه بغير الجماع الخبر المعتبر المروي في الكافي عن الامام جعفر بن محمد الصادق (ع) في رجل أفطر في

شهرين متتابعين ، أو اطعام ستين مسكينا ، كفارة عن المعصية التي وقع فيها [١] .

افساد الاحرام : يقول الله تعالى : « وأتموا الحج والعُمْرَةَ لله ، فان أُحْصِرْتُمْ فما اسْتَيْسَرَ من الهَدْيِ ، ولا تحلقوا رؤوسكم حتى يبلغ الهدي مَحِلَّهُ ، فمن كانَ منكم مريضا أو به أذى من رأسه ، ففدية من صيام ، أو صدقة ، أو نُسُك ، فاذا أمنتم فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدى ، فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام في الحج ، وسبعة اذا رجعتم، تلك عشرة كاملة ، ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام » [البقرة : ١٩٦] ويقول : « الحج أَشْهُرٌ مَعْلُومات" فمن فرض فيهن الحج فلا رَفَثَ ولا فُسوق ولا جِدال في الحج » [البقرة : ١٩٧] . ويقول : « وحُرِّم عليكم صيد البر ما دمتم حُرُما » [المائدة : ٩٥] .

(١) اختلف الفقهاء فى تطبيق النص المقرر للعقوبة ، فمالك وأبو حنيفة يريان تطبيقه اذا أفسد الصيام بأكل أو شرب ، والشافعي وأحمد يريان مع أهل الظاهر قصر النص على حالة الجماع فقط . وأساس الخلاف بين الفريقين أن الفريق الاول يرى العقوبة على افساد الصيام ، وهو يفسد بالجماع والاكل والشرب ، والفريق الثاني يرى أن العقوبة جاءت على الجماع فقط ، فلا تنطبق على غير ما جاءت فيه ، وهناك خلافات أخرى أهمها : أن البعض يرى تطبيق النص على المرأة كما ينطبق على الرجل ، والبعض لا يرى تطبيقه الا على الرجل. كذلك يرى البعض أن النص ينطبق على حالة العمد فقط ، والبعض يسوى بين المتعمد والناسي . ويرى البعض فى حالة تعدد الافطار تطبيق قاعدة التداخل ، ولا يرى البعض تطبيقها ، ولكل فريق حججه ، ولا نرى ما يدعو هنا لسردها فكلها خلافات فى تفسير النصوص وتطبيقها — راجع بداية المجتهد الجزء الاول ص ٢١٠ وما بعدها والهداية الجزء الاول ص ٦٠ . — والاقناع الجزء الاول ص ٣١٢ وما بعدها — المهذب ج ١ ص ١٨٣ وما بعدها .

شهر رمضان متعمدا يوما واحدا من غير عذر قال : يعتق نسمة ، أو يصوم شهرين متتابعين ، او يطعم ستين مسكينا فان لم يقدر تصدق بما يطيق .

ويقول « يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصَّيد وانتم حرم ، ومن قتله منكم متعمدا فجزاءٌ مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدلٍ منكم هديا بالغ الكعبة ، أو كفارةٌ طعام مساكين ، او عدل ذلك صياماً ليذوق وبال أمره » [المائدة : ٩٥] ويقول : « يا أيها الذين آمنوا لا تحلُّوا شعائرَ اللهِ ، ولا الشهرَ الحرام ، ولا الهدْي ، ولا القلائدَ » [المائدة : ٢] .

ومن السنة الثابتة ما يرويه — ٤٤ — كعب بن عجرة : أنه كان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم محرما فآذاه القمل في رأسه ، فأمره رسول الله أن يحلق رأسه ، وقال له : « صم ثلاثة أيام ، أو أطعم ستة مساكين،مدين لكل انسان ، او انسك بشاة » .

ومن المتفق عليه أن المنع من حلق الرأس لم يقصد لذاته ، وانما قصد منه مع الزينة والترفيه ، ولذا يأخذ حكمه استعمال الطيب — ٤٥ — ، ولبس المخيط ، وروى ابن عمر : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في المحرم: « لا يلبس القميص ولا السراويل ولا البرنس ولا العمامة ولا الخف ، الا أن لا يجد نعلين فيقطعهما من أسفل الكعبين ، ولا يلبس من الثياب ما مسه ورس أو زعفران » .

ويفسر الرفث بالجماع ، والفسوق بأنه الخروج عما يجب على المحرم

---

٤٤ — ونظير هذا الخبر خبر آخر يرويه الشيخ محمد بن الحسن الطوسي باسناده عن الامام جعفر بن محمد الصادق (ع) .

٤٥ — لا يمكن الاستناد الى الخبر المذكور بوجوب الكفارة لاستعمال الطيب ولبس المخيط ، الا اذا قطعنا بأن المراد من الحديث الشريف هو المنع من الزينة والترفيه ، وأنّى يمكن القطع بذلك ؟ ولا يحكم فقهاء المذهب الجعفري في مورد ما الا مع قيام الدليل عليه .

الى الاشياء التي كانت مباحة قبل أن يحرم . كالصيد والطيب والزينة بلبس المخيط (١) .

هذه هي النصوص التي تحرم ما يفسد الإحرام ، وتلك هي العقوبات التي فرضتها على من يفسد احرامه . وهي نصوص صريحة كانت وما تزال عماد الفقهاء في بيان ما يفسد الإحرام . وما يجب عليه من عقوبة .

الحنث في اليمين : يقول الله تعالى : « ولاتجعلوا الله عُرضةً لأيمانكم » [البقرة : ٢٢٤] ويقول : « لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ، ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان . فكفارته اطعامُ عشرةِ مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم او كسوتهم أو تحرير رقبة ، فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام » [المائدة : ٨٩] وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعبد الرحمن ابن سمرة « يا عبد الرحمن بن سمرة لا تسأل الإمارة ، فإنك ان أعطيتها عن مسألة وكلت اليها ، وان أعطيتها من غير مسألة أعنت عليها ، وان حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها فات الذي هو خير ، وكفر عن يمينك » — ٤٦ — ولا شك أن هذه النصوص صريحة في تحريم الحنث باليمين ، وتبيان عقوبة الفعل المحرم (٢) .

الوطء في الحيض : يقول الله تعالى : « ويسألونك عن المحيض قل هو

---

٤٦ — لا يستفاد من الرواية تقدير الكفارة وانما يستفاد منها وجوب التكفير ، وفي روايات الشيعة الأمامية المروية عن أئمة أهل البيت (ع) ما يستفاد منه تقدير الكفارة .

---

(١) تفسير المنار ج ٢ ص ٢١٧ وما بعدها — بداية المجتهد ج ١ ص ٢٨٦ وما بعدها — المهذب ج ١ ص ٢٠٤ وما بعدها — الهداية ج ١ ص ١٢٥ وما بعدها — الاقناع ج ١ ص ٣٥٥ وما بعدها .

(٢) بداية المجتهد ج ١ ص ٣٢٩ وما بعدها — المهذب ج ٢ ص ١٥٠ وما بعدها — الهداية ج ٢ ص ٦٣ وما بعدها — الاقناع ج ٤ ص ٣٣٧ وما بعدها .

أذى فأعتزلوا النساء في المحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن » [البقرة : ٢٢٢] وروى — ٤٧ — عن ابن عباس عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الذي يأتي امرأته وهي حائض ، أنه يتصدق بدينار ، وروى عنه بنصف دينار ، وروى أيضاً في حديث ابن عباس هذا أنه ان وطيء في الدم فعليه دينار ، وان وطيءفي انقطاع الدم فنصف دينار . وروى هذا الحديث على أنه يتصدق بخمسي دينار .

---

٤٧ — وفي رواية داود بن فرقد المروية عن الامام جعفر بن محمد الصادق عليه السلام أنه قال : يتصدق اذا كان في أوله بدينار ، وفي وسطه نصف دينار ، وفي آخره ربع دينار وقد اعتمد على هذه الرواية وذهب الى وجوب التكفير بالثلث الاول من الحيض بدينار ، وفي الثلثالثاني بنصف دينار ، وفي الثلث الثالث بربع دينار جماعة من أكابر فقهاء المذهب الجعفري كالشيخ المفيد والسيد المرتضى والشيخ الطوسي . وذهبت جماعة اخرى من فقهاء الشيعة الى عدم وجوب الكفارة ، للخبر المعتبر الذي يرويه العيص عن الامام جعفر بن محمد أنه قال : سألت أبا عبد الله عن رجل واقع امرأته وهي طامث فقال الامام (ع) : لا يلتمس فعل ذلك ، قد نهى الله تعالى أن يقربها ، قلت فان فعل ذلك اعليه كفارة قال (ع) : لا أعلم فيه شيئا ، يستغفر الله .

والرأي الراجح الذي يقتضيه الاخذ بمحتوى الدليلين هو نفي وجوب الكفارة للرواية الثانية ، والحكم باستحبابها للرواية الاولى ، لأن المستفاد عرفا من الكفارة في الرواية الثانية هو نفي وجوبها بشهادة الاولى الحاكمة بثبوتها ، كما أن المستفاد عرفا من الامر بها في الرواية الاولى هو استحبابها بشهادة الثانية النافية لها .

ونص القرآن صريح في تحريم اتيان المرأة في الحيض . أما الحديث المروي عن ابن عباس فقد صح عند أحمد فأوجب الكفارة دينارا على من وطيء الحائض [١] . أما الأئمة الثلاثة فلم يصح عندهم شيء من هذه الأحاديث . ولذلك لم يوجبوا الكفارة في وطء الحائض عملا بالأصل الذي هو سقوط الحكم حتى يثبت بدليل [٢] .

ويترتب على القول بعدم وجوب الكفارة أن الفعل يكون عند القائلين بهذا من المعاصي التي لاحد فيها ولا كفارة ، أي من المعاصي التي يمكن التعزير فيها .

الوطء في الظهار : يقول الله تعالى : « والذين يُظاهِرُون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسَّا ، ذلكم توعظون به ، والله بما تعملون خبير . فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسَّا ، فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً » [المجادلة : ٣ ، ٤] والنص قاطع في تعيين المعصية وتحديد العقوبة [٣] .

---

(١) الاقناع ج ١ ص ٦٤ .

(٢) بداية المجتهد ج ١ ص ٤٦ — الهداية ج١ ص ١٨ ومابعدها — المهذب ج١ ص ٣٦ وما بعدها .

٣—اختلف الفقهاء فى تفسير معنى « يعودون لما قالوا » ففسرها مالك والشافعي وأحمد بأنه يعود لما حرمه على نفسه بأنه ينوي وطأها أو امساكها او هما معا ، وفسرها مجاهد وطاووس وأبو حنيفة بأن العود المقصود هو العود فى الاسلام الى ما تقدم من ظهارهم فى الجاهلية . وفسرها داود الظاهري بأن العود هو أن يكرر الظهار ثانية ، فمن لم يظاهر مرتين فليس بعائد ولا كفارةعليه. فالمعصية بحسب تفسير مالك والشافعي وأحمد جريمة بسيطة ، وبحسب تفسير الباقين وعلى الاخص داود من جرائم العادة ، ولا تتكون الا بحصول الظهار الثاني ، أما الاول وحده فلا يكون المعصية ، ومن ثم لم تترتب الكفارة الا على الثاني — راجع بداية المجتهد ج ٢ ص ٨٧ وما بعدها — الهداية ج ٣ص١٤ وما بعدها — المهذب ج ٢ ص ١٢٠ وما بعدها — الاقناع ج ٤ ص ٨٢ومابعدها.

١٠١ ـ المعاصي التي لا حد فيها ولا كفارة :

بينا فيما سبق أن المعاصي التي لا حد فيها ولا كفارة تنقسم الى ثلاثة أنواع : نوع شرع في جنسه الحد ولكن لا حد فيه ، ونوع شرع في جنسه الحد ولكن أمتنع الحد فيه ، ونوع لم يشرع فيه ولا في جنسه الحد . فأما النوع الأول والثاني فقد سبق أن بينا النصوص التي وردت بالتحريم فيهما ، ـ ٤٨ ـ وذلك عندما تكلمنا على النصوص التي جاءت في جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية . وأما النوع الثالث فيدخل تحته أكثر المعاصي ، ولو كان ما يدخل تحته محدوداً لاستعرضنا النصوص التي وردت فيه كلها كما فعلنا في غيره من الأنواع . ولكن الواقع أن المعاصي التي تدخل تحت هذا النوع غير محدودة ، ومن ثم فلن نستعرضها جميعاً ، وسنكتفي بعرض النصوص التي تحرم أهم المعاصي ، تدليلا على أن الشريعة الإسلامية تطبق قاعدة أن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص في هذا النوع من المعاصي .

١ ـ تحريم بعض المطاعم : يقول الله تعالى : « انما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل به لغير الله ، فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه » [البقرة : ١٧٣] ويقول : « حرمت عليكم الميتة ، والدم ، ولحم الخنزير ، وما أهل لغير الله به ، والمنخنقة ، والموقوذة ، والمتردية ، والنطيحة ، وما أكل السبع إلا ما ذكيتم ، وما ذبح على النصب ، وأن تستقسموا بالأزلام ، ذلكم فسق » [المائدة : ٣] ويقول : « أحلت لكم بهيمة الأنعام إلا ما يتلى عليكم » [المائدة : ١] ويقول : « ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث » [الأعراف : ١٥٧] ويقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « الكلب خبيث

---

٤٨ ـ وقد ذكرنا رأي الفقه الجعفري في ذلك .

خبيث ثمنه » • ويروى جابر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فيقول : ذبحنا يوم حنين الخيل والبغال والحمير . فنهانا — ٤٩ — رسول الله عن البغال والحمير . ولم ينهنا عن الخيل • ويروى ابن عباس أن النبي نهى عن أكل كل ذي ناب من السباع . وأكل كل ذي مخلب من الطير • وروت عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « خمس يقتلن في الحل والحرم : الحية والفأرة والغراب الأبقع . والحدأة والكلب العقور » •

٢ — خيانة الأمانة : يقول الله تعالى : « إنا عرضنا الأمانة على السموات والأرض والجبال . فأبين أن يحملنها واشفقن منها ، وحملها الإنسان إنه كان ظلوماً جهولا » [الأحزاب : ٧٢] ويقول : « ان الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات الى أهلها ، واذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل » [النساء : ٥٨] ويقول : « يا أيها الذين آمنوا لا تخونوا الله والرسول وتخونوا أماناتكم » [الأنفال : ٢٧] ويقول : « وآتوا اليتامى أموالهم ولا تتبدلوا الخبيث بالطيب ، ولا تأكلوا أموالهم إلى أموالكم انه كان حوباً كبيراً » [النساء : ٢] • ويقول : « فأدفعوا إليهم أموالهم ولا تأكلوها اسرافاً وبداراً أن يكبروا » [النساء : ٦] ويقول : « ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن » • [الإسراء : ٣٤] ويقول : « إن الذين يأكلون أموال اليتامى

---

٤٩ — الرأي السائد عند فقهاء المذهب الجعفري أن المستفاد من النهي عن البغال والحمير هو الكراهة ، لان ذلك لازم العمل بمحتوى ما دل على النهي مع محتوى ما دل على الجواز . كخبر محمد بن مسلم قال: سألت ابا جعفر محمد بن علي الباقر (ع) عن لحوم الخيل والبغال والحمير فقال : حلال انتهى ، فان الحكم بالحلية بالرواية الثانية قرينة على أن المراد من النهي في الرواية الاولى الكراهة لا الحرمة •

ظلماً انما يأكلون في بطونهم ناراً وسيصلون سعيراً » [النساء : ١٠] ويقول : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » [النساء : ٢٩] وقال الرسول عليه الصلاة والسلام : « أربع من كن فيه كان منافقاً خالصاً ، ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها ، إذا أؤتمن خان ، واذا حدث كذب ، واذا عاهد غدر ، واذا خاصم فجر » وقال : « لا إيمان لمن لا أمانة له » .

٣ — غش المكاييل والموازين وغيرها : يقول الله تعالى : « ويل للمطففين الذين إذا أكتالوا على الناس يستوفون ، واذا كالوهم أو وزنوهم يخسرون» . [المطففين : ١ — ٣] ويقول : « أوفوا الكيل ولا تكونوا من المخسرين ، وزنوا بالقسطاس المستقيم ، ولا تبخسوا الناس أشياءهم ، ولا تعثوا في الأرض مفسدين » [الشعراء : ١٨١ — ١٨٣] .

٤ — شهادة الزور : يقول الله تعالى : « ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا » [البقرة : ٢٨٢] ويقول : « ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه » [البقرة : ٢٨٣] ويقول « يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين » [النساء : ١٣٥] ويقول : « والذين لايشهدون الزور » [الفرقان : ٧٢] وقال : « فأجتنبوا الرجس من الأوثان وأجتنبوا قول الزور » [الحج : ٣٠] ويروي أبو بكرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « ألا أنبئكم بأكبر الكبائر ؟ » وكررها ثلاثاً . قلنا : بلى يا رسول الله قال : « الإشراك بالله وعقوق الوالدين » — وكان متكئاً فجلس فقال : « ألا وقول الزور ، وشهادة الزور » فما زال يكررها حتى قلنا ليته سكت .

٥ — أكل الربا : يقول الله تعالى : « الذين يأكلون الربا لا يقومون إلا

كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس ، ذلك بأنهم قالوا : إنما البيع مثل الربا ، وأحل الله البيع وحرم الربا » [البقرة : ٢٧٥] ويقول : « يمحق الله الربا ويربي الصدقات » [البقرة : ٢٧٦] ويقول : « يا أيها الذين آمنوا أتقوا الله وذروا ما بقي من الربا إن كنتم مؤمنين ، فإن لم تفعلوا ، فأذنوا بحرب من الله ورسوله ، وان تبتم فلكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون » [البقرة : ٢٧٨ ، ٢٧٩] ويقول : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا أضعافاً مضاعفة » [آل عمران : ١٣٠] ويقول : « وما آتيتم من ربا ليربوا في أموال الناس فلا يربو عند الله » [الروم : ٣٩] وقال الرسول صلى الله عليه وسلم : « أجتنبوا السبع الموبقات » قالوا يا رسول الله وماهن ؟ قال : «الشرك بالله ، والسحر ، وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق ، وأكل الربا ، وأكل مال اليتيم ، والتولي يوم الزحف ، وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات » .

٦ ــ السب : يقول الله تعالى : « لا يحب الله الجهر بالسوء من القول إلا من ظلم » [النساء : ١٤٨] ويقول : « ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدواً بغير علم » [الأنعام : ١٠٨] ويقول : « ولا تعتدوا إن الله لا يحب المعتدين » [البقرة : ١٩٠] ويقول « يا أيها الذين آمنوا لايسخر قوم من قوم عسى أن يكونوا خيراً منهم ، ولا نساء من نساء عسى أن يكن خيراً منهن ، ولا تلمزوا أنفسكم ، ولا تنابزوا بالألقاب ، بئس الاسم الفسوق بعد الإيمان » [الحجرات : ١١] وقال الرسول عليه الصلاة والسلام : «المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يخذله ولا يحقره » وقال : « بحسب امريء من الشر أن يحقر أخاه المسلم ، كل المسلم على المسلم حرام : دمه وعرضه وماله » وقال : « إن من أربى الربا الاستطالة في عرض المسلم بغير حق » وقال « سباب المسلم فسوق ، وقتاله كفر » .

٧ ــ الرشوة : يقول الله تعالى : « سماعون للكذب أكالون للسحت » [المائدة : ٤٢] ويقول : « ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام ، لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالإثم وأنتم تعلمون » [البقرة : ١٨٨] وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لعن الله الراشي والمرتشي والرائش الذي يمشي بينهما » وقال : « لعن الله الراشي والمرتشي في الحكم » وقال : « هدايا الأمراء غلول ، وهدايا الأمراء سحت » ويروي أبو حميد الساعدي أن رسول الله بعث ابن اللتبية على الصدقة فلما جاء قال هذا لكم وهذا أهدى لي ، فقال الرسول صلى الله عليه وسلم : « ما بال أقوام يستعملهم على ما ولانا الله فيقول هذا لكم وهذا أهدى لي . فهلا جلس في بيت أبيه فنظر أيهدي له أم لا ؟ » .

٨ ــ ألعاب القمار والميسر : يقول الله تعالى « إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه » [المائدة : ٩٠] .

٩ ــ دخول المساكن بغير حق : يقول الله تعالى « يا أيها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوتاً غير بيوتكم حتى تستأنسوا على أهلها ، ذلكم خير لكم لعلكم تذكرون . فإن لم تجدوا فيها أحداً فلا تدخلوها حتى يؤذن لكم » [النور : ٢٧] ويقول : « ليس عليكم جناح أن تدخلوا بيوتاً غير مسكونة فيها متاع لكم » [النور : ٢٩] .

١٠ ــ التجسس : يقول الله تعالى : «ولا تجسسوا » [الحجرات : ١٢] .

هذه هي عشر جرائم من أهم جرائم التعزير ، استعرضناها والنصوص التي وردت فيها ، ــ ٥٠ ــ وظاهر بجلاء أن النصوص عينت الجرائم التي حرمتها بما لا سبيل الى الشك فيه ، ويستطيع من له إلمام بالشريعة أن يجد

---

٥٠ ــ كما وردت اخبار من طرق علماء الشيعة لامجال لذكرها .

لكل ما حرمته الشريعة نصاً يعين الجريمة ويحددها ، وفي هذا وفيما أستعرضناه من نصوص وردت في المعاصي التي يعاقب عليها بحد أو كفارة ، وفي هذا كله الدليل القاطع على أن الشريعة تطبق قاعدة أن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص — ٥١ — على كل الأفعال التي حرمتها .

١٠٢ — ظنون لا أساس لها من الحق :

ولقد ظن البعض خطأ أن الشريعة الإسلامية لم تعين جرائم التعزير ، وأنها تركت للقاضي تلك المهمة ، ورتبوا على هذا الظن الخاطيء أن سلطة القاضي في التعزير سلطة تحكمية ، وأن جرائم التعازير وعقوباتها غير منصوص عليها . وأنها متروكة لتقدير القاضي ، فإن رأى أن يعاقب على الفعل عاقب ولو أنه لم يحرّم من قبل أو لم يسبق العقاب عليه ، ومنطق هؤلاء باطل ، لأنه يقوم على ظنون لا أساس لها من الحق أو الواقع .

ولقد وقع هؤلاء في ظنهم الخاطيء ، نتيجة لسوء الفهم وقلة الاطلاع ، فكتب الشريعة مركزة ، تصاغ عبارتها عادة في دقة بالغة حتى لتبلغ في تركيزها أكثر مما تبلغه نصوص القوانين الوضعية من التركيز والدقة ، وللفقهاء فوق ذلك كله تعبيرات واصطلاحات خاصة ينبغي أن يلم بها المرء قبل دراسة الشريعة، كما ينبغي أن يلم دارس القانون قبل دراسته بالاصطلاحات القانونية فمن جهل الأصطلاحات الشرعية ولم يدقق في الاطلاع على نصوص الشريعة ، فلا شك أنه لن يصل إلى فهم كتب الشريعة فهماً صحيحاً ، وهذا هو الذي حدث فعلاً للقائلين : بأن الشريعة لم تحدد جرائم التعزير وعقوباتها ، فإنهم لم يفهموا ما كتبه الفقهاء في هذه المسألة على وجهه الصحيح ، ولو فهموه على

---

٥١ — بالمعنى الآنف الذكر .

وجهه لعلموا أن الشريعة حددت الأفعال المعتبرة معاصي وعينتها، وأن الشريعة توجب على القاضي قبل كل شيء أن يبحث عما إذا كان الفعل المنسوب للجاني معصية بحسب نصوص الشريعة أم لا ، فإن وجده معصية بحيث إن كانت التهمة ثابتة قبل الجاني أم لا ، فإن كانت ثابتة عاقبه بإحدى العقوبات التي وضعتها الشريعة للتعزير ، بشرط أن تكون عقوبة ملائمة في نوعها وكمها للجريمة وللمجرم ، أما إذا وجد القاضي أن الفعل ليس معصية فلا جريمة ولا عقوبة • وليس للقاضي ولا لأحد كائناً من كان أن يعتبر فعلا ما ، معصية ما لم تعتبره الشريعة كذلك ، وليس للقاضي ولا لأحد كائناً من كان أن يعاقب على معصية بعقوبة لم تقررها الشريعة وإلا كان محرماً ما أحله الله ، مبيحاً ما حرمه وقائلاً على الله بغير علم •

١٠٣ ـ نماذج مما كتبه الفقهاء فى التعزير :

ونستطيع أن نتبين صحة ما قلناه من عرض بعض ما كتبه الفقهاء عن التعزير • فهذا فقيه حنفي يقول : « التعزير يكون في كل معصية الخ ، وليس فيه شيء مقدر ، وإنما هو مفوض الى رأي الإمام على ما تقتضي جنايات الناس وأحوالهم » (١) • وهذا فقيه شافعي يقول : « من أتى معصية لا حد فيها ولا كفارة عزر على حسب ما يراه السلطان » (٢) • وهذا فقيه مالكي يقول بعد أن يعدد جرائم القصاص والديات وجرائم الحدود : « وما عداها فيوجب التعزير ، وهو موكول لاجتهاد الإمام • وعزر الامام لمعصية الله أو

(١) الزيلعي ج ٣ ص ٢٠٨ •

(٢) المهذب ج٢ ص ٣٠٦ •

لحق آدمي » (١) . وهذا فقيه حنبلي يقول : « التعزير هو التأديب وهو واجب في كل معصية لا حد فيها ولا كفارة ــ وأقله غير مقدر فيرجع فيه الى اجتهاد الامام والحاكم فيما يراه وما يقتضيه حال الشخص » (٢) ــ ٥٢ ــ

فهذه الكلمات القليلة عن التعزير لا يمكن فهمها على حقيقتها الا اذا فهم معنى المعصية ، ومعنى الحد ، ومعنى الكفارة ، ومعنى العقوبة المقدرة ، والعقوبة غير المقدرة .

ولقد بينا معنى المعصية والكفارة فيما سبق فلنبين الآن معنى الحد . والحد : هو العقوبة المقدرة شرعا ، ومعنى أنها مقدرة شرعا أن الشارع عين نوعها ، وبين مقدارها بنفسه ، ولم يترك للقاضي حق تعيينها أو تقديرها ، ولم يجعل له أن ينقص منها أو يزيد فيها ، أو يستبدل بها غيرها ، أو يوقف تنفيذها فهي عقوبة لازمة ، وهي عقوبة تصبح بتعيينها وتقديرها ذات حد واحد ولو كانت طبيعتها تسمح بأن تكون ذات حدين ، فعقوبة الزاني غير المحصن عقوبة مقدرة وهي الجلد مائة جلدة لا تنقص واحدة ولا تزيد واحدة ، وقد أصبحت بهذا التعيين والتحديد عقوبة ذات حد واحد ، ولو أن طبيعتها تسمح بأن تكون ذات حدين ، وعقوبة القذف ثمانون جلدة لا تزيد واحدة ولا تنقص واحدة فهي عقوبة مقدرة . وعقوبة القصاص مقدرة بطبيعتها ؛ لأنها لا تزيد ولا تنقص شيئا عما فعله الجاني . وعقوبة الدية مقدرة ؛ لأنها ذات حد واحد بتعيينها وتحديد مقدارها ، بحيث لا يستطيع القاضي أن يزيد فيها او ينقص منها .

أما العقوبة غير المقدرة فهي كل عقوبة ترك القاضي اختيار نوعها من بين

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣١٩ .
(٢) الاقناع ج ٤ ص ٢٦٨ .

٥٢ ــ فيختار العقاب الذي يراه رادعا له عن المعصية ومانعا لسواه عن ارتكابها .

عقوبات متعددة ، وترك له أن يقدر كمها — اذا لم تكن بطبيعتها ذات حد واحد — بحيث لا يرتفع عن حدها الاعلى ولا ينزل عن حدها الأدنى .

فاذا فهمنا معنى هذه الاصطلاحات سهل علينا أن نفهم ما يقوله الفقهاء عن التعزير ، فاذا قالوا : ان التعزير يكون في كل معصية ، فمعنى ذلك أن التعزير يكون في كل فعل نصت الشريعة على تحريمه ، واذا قالوا : ان التعزير ليس فيه شيء مقدر ، فمعنى ذلك أن جرائم التعازير لم توضع لكل منها عقوبة معينة مقدرة ، لا محيص من توقيعها على الجاني كما هو الحال في جرائم الحدود أو جرائم القصاص والدية ، وانما وضعت لها عدة عقوبات ليس القاضي ملزماً بتطبيق احداها دون الأخرى ، وانما له أن يختار منها واحدة أو أكثر ، فاذا اختار احداها وكانت ذات حدين بطبيعتها فله أن ينزل بالعقوبة الى الحد الادنى ، أو يرتفع بها الى الحد الاعلى ، وعلى هذا اذا كانت عقوبة الجريمة التعزيرية معينة بالنص على عقوبات التعزير ، فان عقوبة الجريمة التعزيرية ليست مقدرة لعدم النص على حد معين لازم من العقاب . واذا قال الفقهاء : ان التعزير مفوض لرأي الامام أو الحاكم أو اجتهادهما ، فمعنى ذلك أن القاضي وهو القائم مقام الامام أو السلطان أو الحاكم ترك له حق اختيار عقوبة التعزير وتقديرها طبقا لما يراه من ظروف الجريمة وظروف المجرم ، وطبقا لما يؤديه اليه اجتهاده ورأيه الشخصي في تقدير هذه الظروف .

١٠٤ — كيف فرضت الشريعة عقوبات التعزير ؟ :

بينا فيما سبق ان الشريعة نصت على جرائم التعازير وعينتها ، وقدمنا الدليل على ذلك من نصوص الشريعة ، ومن قواعدها العامة ، ومن النصوص

التي حرمت الجرائم وعينتها ، وقلنا ان الشريعة كما نصت على جرائم التعزير نصت أيضا على عقوبات التعزير ، والآن نقدم الدليل على هذا القول :

أولا — عقوبة الوعظ ، وعقوبة التهديد ، وعقوبة الجلد أو الضرب : هذه العقوبات نص عليها القرآن والسنة فيقول الله تعالى : « واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجرون في المضاجع واضربوهن ، فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا » [النساء : ٣٤] فهذا النص القرآني يفرض ثلاث عقوبات تعزيرية على المرأة التي لا تطيع زوجها ، وهي الوعظ ، والهجر ، والضرب ، ولما كان النشوز وعدم الطاعة معصية لا حد فيها ولا كفارة ، فمعنى ذلك أن هذه العقوبات فرضت لكل معصية لاحد فيها ولا كفارة — ٥٣ — .

واذا كان الهجر في المضاجع عقوبة خاصة بالمرأة لا يملكه الا الزوج ، فان الهجر في المضاجع ليس الا نوعا من الهجر ، وقد أمر الرسول بهجر الثلاثة الذين خلفوا ، وأمر عمر بهجر صبيغ ، فالهجر عقوبة عامة معناها المقاطعة وحدها توبة المهجور [1] .

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « رحم الله أمرأ علق سوطه بحيث يراه أهله » وقال : « لا ترفع عصاك عن أهلك » وقال : « علموا أولادكم

(١) تراجع الفقرات ٤٨١ ، ٤٨٧ ، ٤٨٨ .

---

٥٣ — ان هذه العقوبات الثلاث وان كان موردها لا حد فيه ولا كفارة الا انه لا يمكن الحكم بها في كل مورد لا حد فيه ولا كفارة ، بل يرجع في مقداره الى الحاكم الشرعي فيختار ما يراه رادعا للشخص عن المعصية ثانيا ومانعا لغيره عن الاتيان بها كما ألمعنا الى ذلك قريبا . نعم ان الهجر عقوبة لجميع العصاة اذا كان فيه تأديب لهم وكان زاجرا لهم عن العود الى العصيان .

الصلاة لسبع واضربوهم على تركها لعشر » وقال : « من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين » فهذه النصوص تفرض عقوبتين : أولاهما : التهديد بالعقاب والتخويف منه ، وهذا ما يستفاد من تعليق السوط بحيث يرى وعدم رفع العصا . والثانية : هي الضرب بالعصا أو الجلد بالسوط . والنص الاخير — ٥٤ — صريح في جواز الجلد في غير الحدود ، كما أنه يعين الحد الاعلى لعقوبة الجلد على رأي .

فالقرآن والسنة اذن يفرضان عقوبات الوعظ والهجر والتهديد والجلد . عقوبة الجلد والضرب ذات حدين بطبيعتها ، ويرى البعض أن الحديث السابق عين الحد الاعلى للعقوبة — ٥٥ — ، بينما يرى البعض أن الحد الاعلى يعينه ولي الأمر (١) . أما عقوبة الوعظ والتهديد فكلاهما عقوبة ذات حد واحد بطبيعتها . أما عقوبة الهجر فهو توبة المهجور كما قلنا من قبل .

ثانيا عقوبة التوبيخ : يروى عن أبي ذر أنه قال : ساببت رجلا فعيرته بأمه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « يا أبا ذر عيرتــه بأمه ؟ انك امرؤ فيك جاهلية » . فهذا هو الرسول يعــاقب أبا ذر بتوبيخه ، ومن ثم يكون التوبيخ عقوبة تعزيرية ، وسنة سنها الرسول ، والسنة هي المصدر الثاني للشريعة سواء كانت عملية أو قولية .

ثالثا : الحبس والصلب : ومصدر هاتين العقوبتين هو السنة العملية أيضا فمما يروى عن الرسول أنه حبس شخصا في تهمة ، وأنه صلب رجلا حيا على

---

(١) راجع الفقرة ٤٨١ .

---

٥٤ — النص الاخير انما يمنع من وصول التعزير الى الحدود ولا يستفاد منه جواز الجلد في غير التعزير .

٥٥ — أي منع من وصول التعزير الى مرتبة الحد .

جبل يقال له أبو ناب (١) .

رابعا : القتل : مصدر هذه العقوبة السنة القولية ، فيروى عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من أتاكم وأمركم على رجل واحد يريد أن يشق عصاكم ، ويفرق جماعتكم فاقتلوه » — ٥٦ — وفي رواية : « ستكون هنات وهنات ، فمن أراد أن يفرق هذه الأمة وهي جمع فاضربوه بالسيف كائنا من كان » (٢) — ٥٧ — . والمفروض أن عقوبة القتل مقررة لجرائم الخطيرة .

خامسا : الغرامة والتشهير والنفي : ومصدر هذه العقوبات الاجماع — ٥٨ — . والاجماع مصدر من مصادر الشريعة كالقرآن والسنة (٣) .

وظاهر مما سبق أن العقوبات التعزيرية مصدرها القرآن والسنة والاجماع ومن ثم فهي عقوبات شرعية مقررة بطريقة شرعية لا شك فيها (٤) .

---

(١) راجع الفقرتين ٤٨٢ ، ٤٨٦ .
(٢) راجع الفقرة ٤٨٠ .
(٣) راجع الفقرات ٤٨٥ ، ٤٩١ ، ٤٩٣ .
(٤) تكلمنا هنا عن العقوبات بغاية الاختصار ولكنا فصلنا القول عن العقوبات الشرعية في كتاب العقوبة .

---

٥٦ — مر آنفا المراد من هذا الحديث .

٥٧ — في ظرف اجتماعها على حق .

٥٨ — ويدل على الغرامة ايضا الحديث المشهور : من أتلف مال الغير فهو له ضامن .

ويدل على التشهير حين اقامة حد الزنا قوله سبحانه وتعالى (وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين)

ويدل على نفي الزاني الشاب الحدث ، الخبر المروي عن الامام

وفي الوقت الذي حددت فيه النصوص وفعل الرسول واجماع الامة أنواع العقوبات التعزيرية انعقد الاجماع على أن يترك للقاضي اختيار العقوبة الملائمة وتقديرها ، كما ترك له أن يمضي العقوبة أو يوقف تنفيذها .

١٠٥ ـ لا جريمة ولا عقوبة في التعزير بغير نص :

وظاهر مما سبق أن الشريعة الاسلامية نصت على جرائم التعزير وعقوباتها ، وعينت الجرائم وحددت العقوبات تحديدا دقيقا ، بحيث لا يستطيع القاضي أن يعاقب على فعل لم تحرمه الشريعة ، ولا يستطيع أن يعاقب بغير العقوبات المقررة للتعازير ، ولا أن يخرج على حدودها .

واذا كانت هذه هي شهادة النصوص الصريحة ، وشهادة الواقع الملموس فان القول بأن للقاضي سلطة تحكمية في جرائم التعزير هو قول لا أساس له ، ولا نكون مغالين اذن اذا قلنا : ان أساس هذا القول هو قلة الاطلاع أو سوء الفهم ، فالحقيقة التي لا يجادل فيها الا مكابر أن كل من أوتي حظا من الاطلاع على نصوص الشريعة ، وقدرة على تفهم أساليب الفقهاء واصطلاحاتهم ، يعلم حق العلم أن القاضي ليس له سلطة تحكمية ولا غير تحكمية في تعيين الجرائم والعقوبات ، وأن نصوص الشريعة تكفلت ببيان الجريمة والعقوبة ، وأن سلطة القاضي منحصرة في تطبيق النص على الواقعه المعروضة عليه ، فان انطبق وقع على الجاني العقوبة ، ولكن الشريعة اعطت القاضي سلطة واسعة في اختيار العقوبة التي يراها ملائمة من بين عقوبات

جعفر بن محمد الصادق (ع) انه قال : اذا زنى الشاب الحدث السن جلد وحلق ونفي سنة عن مصره .

مقررة للجريمة ، وجعلت له أن ينظر في اختيار العقوبة الى شخصية المتهم وسوابقه ، ودرجة تأثره بالعقوبة ، كما ينظر الى الجريمة وأثرها في الجماعة، وجعلت للقاضي أن يعاقب بعقوبة واحدة أو بأكثر منها ، وأن يصعد بالعقوبة الى حدها الاعلى ، أو ينزل بها الى حدها الادنى ، وله أن يعاقب المتهم بوعظه أو توبيخه أو تهديده ، فينذره بأن لا يعود لمثل ما فعل ، وله أن يعاقب بأشد من ذلك ، بحبس أو بغرامة ، وله أن يمضي العقوبة أو يوقف تنفيذها .

هذه هي سلطة القاضي في الشريعة ، وهي ليست سلطة تحكمية ، وانما هي سلطة أعطيها ليتمكن من علاج المجرم والجريمة ، وهي سلطة اختيار وتقدير لا سلطة تحكم واستعلاء ، قصد منها تمكين القاضي من تقدير خطورة الجريمة والمجرم واختيار العلاج المناسب لهما ، وانها لسلطة قمينة أن تحقق العدل ، وترفع الحرج وتضع الامور في مواضعها ، وتعاقب كلا بما يستحقه.

وهذه الطريقة التي ابتكرتها الشريعة من ثلاثة عشر قرنا لمعالجة جرائم التعزير هي الطريقة التي اتجهت اليها القوانين ألوضعية أخيراً ، فهي تنحو نحو توسيع سلطان القضاء في اختيار العقوبة الملائمة للمجرم وللجريمة وتقدير هذه العقوبة ، فتجعل للقاضي أن يختار في الغالب بين عقوبتين ، أو يوقعهما معا ، وأن يرتفع بالعقوبة الى حدها الاعلى ، أو ينزل بها الى الحد الادنى ، وتجعل للقاضي أيضا أن يوقف تنفيذ العقوبة أو يمضيها بشروط معينة ، ولكن سلطة القاضي في القوانين الوضعية لا تزال أضيق بكثير من سلطة القاضي في الشريعة الاسلامية ، وكثيرا ما يتعرض الاول للحرج حيث يجد نفسه عاجزا عن توقيع العقوبة التي تتلاءم مع الحالة المعروضة عليه ، ولقد كان هذا سببا دعا الكثيرين من علماء القانون الى أن يطالبوا بتوسيع

سلطان القاضي ، واقترح بعضهم حلا للمشكلة أن لاينص القانون على عقوبة كل جريمة بذاتها ، بل تعين الجرائم دون تعيين عقوباتها ، ثم تعين العقوبات التي يستطيع القاضي تطبيقها ، ويترك له أن يختار هو لكل جريمة العقوبة الملائمة بعد تقدير ظروف الجريمة وظروف الجاني وهذه الطريقة التي يقترحها بعض علماء القانون هي نفس الطريقة التي تسير عليها الشريعة في جرائم التعزير .

***

القسم الثاني

فى التعزير للمصلحة العامة

١٠٦ ـ فى التعزير للمصلحة العامة :

القاعدة العامة في الشريعة أن التعزير لا يكون الا في معصية ، أي في فعل محرم لذاته ـ ٥٩ ـ منصوص على تحريمه ، ولكن الشريعة تجيز استثناء من هذه القاعدة العامة ان يكون التعزير في غير معصية . أي فيما لم ينص على تحريمه لذاته اذا اقتضت المصلحة العامة التعزير [١] ، والأفعال والحالات التي تدخل تحت هذا الاستثناء لا يمكن تعيينها ولا حصرها مقدما ، لأنها ليست محرمة لذاتها ، وانما تحرم لوصفها ، فان توفر فيها الوصف فهي محرمة وان تخلف عنها الوصف فهي مباحة ، والوصف الذي جعل علة للعقاب هو الاضرار بالمصلحة العامة أو النظام العام ، فاذا توفر هذا الوصف في فعل أو حالة استحق الجاني العقاب ، واذا تخلف الوصف فلا عقاب ، وعلى هذا يشترط في التعزير للمصلحة العامة أن ينسب الى الجاني أحد أمرين :

١ ـ أنه ارتكب فعلا يمس المصلحة العامة أو النظام العام .

٢ ـ انه أصبح في حالة تؤذي المصلحة العامة أو النظام العام .

(١) نهاية المحتاج ج ٨ ص ١٨ ، ١٩ ـ الاقناع ص ٢٦٩ ج ٤ ـ ابن عابدين ج ٣ ص ٢٥١ ، ص ٢٥٩ ـ تبصرة الحكام جزء ثان ص ٢٦ .

٥٩ ـ لافرق في المحرم الذي يستحق فاعله التعزير بين أن تكون حرمته ذاتية أو ليست بذاتية .

فاذا عرضت على القضاء قضية نسب فيها للمتهم أنه أتى فعلا يمس المصلحة العامة أو النظام العام ، أو أصبح في حالة تؤذي المصلحة العامة أو النظام العام ، وثبت لدى المحكمة صحة ما نسب الى المتهم لم يكن للقاضي أن يبرئه ، وانما عليه أن يعاقب على ما نسب اليه بالعقوبة التي يراها ملائمة من بين العقوبات المقررة للتعزير ، ولو كان ما نسب الى الجاني غير محرم في الاصل ولا عقاب عليه لذاته •

ويستدل الفقهاء على مشروعية التعزير للمصلحة العامة بأن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا اتهم بسرقة بعير ، ولما ظهر فيما بعد أنه لم يسرقه أخلى الرسول سبيله (١) ، ووجه الاستدلال أن الحبس عقوبة تعزيرية والعقوبة لا تكون الا عن جريمة وبعد ثبوتها ، فاذا كان الرسول قد حبس الرجل لمجرد الاتهام فمعنى ذلك أنه عاقبه على التهمة ، وأنه أباح عقاب كل من يوجد نفسه أو توجده الظروف في حالة اتهام ولو لم يأت فعلا محرما ، وهذا العقاب الذي فرضه الرسول بعمله تبرره المصلحة العامة ، ويبرره الحرص على النظام العام ؛ لأن ترك المتهم مطلق السراح قبل تحقيق ما نسب اليه يؤدي الى هربه ، وقد يؤدي الى صدور حكم غير صحيح عليه ، أو يؤدي الى عدم تنفيذ العقوبة عليه بعد الحكم ، فأساس العقاب هو حماية المصلحة العامة وصيانة النظام العام •

ويستدل الفقهاء أيضا على مشروعية التعزير للمصلحة العامة بما فعل عمر رضي الله عنه بنصر بن حجاج ، فقد كان عمر يعس في المدينة فسمع امرأة تقول : هل من سبيل الى خمر فأشربها ــ أم من سبيل الى نصر بن حجاج ؟ فدعا عمر نصر بن حجاج ، فوجده شابا حسن الصورة فحلق رأسه فازداد

---

(١) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١١٧ .

جمالا ، فنفاه الى البصرة ، خشية أن يفتتن النساء بجماله — ٦٠ — ؛ مع أنه لم ينسب اليه أنه ارتكب فعلا محرما . ووجه الاستدلال أن النفي عقوبة تعزيرية وقعها عمر على نصر بن حجاج لأنه رأى أن وجوده في المدينة ضار بصالح الجماعة مع أن جماله هو الذي أوجده في هذه الحالة ، ومع أنه لم يقصد الاضرار بالمصلحة العامة أو النظام العام .

ومن أمثلة التعزير للمصلحة العامة تأديب الصبيان على ترك الصلاة والطهارة ، وتأديبهم على ما يأتون من أفعال تعتبرها الشريعة جرائم ، مع أن هذه الافعال لا تعتبر جرائم في حق الصبيان غير المميزين ؛ لأنهم ليسوا أهلا للتكليف ، فلا يعتبر اقدامهم على هذه الافعال عصيانا ، ولا تعتبر أفعالهم معاصي (١) ومن ثم فهم لا يعاقبون بالعقوبات المقررة لها ، ولكنهم يعزرون لحماية المصلحة العامة .

ومن أمثلة التعزير للمصلحة العامة منع المجنون من الاتصال بالناس اذا كان في اتصاله بهم ضرر عليهم ، وحبس من شهر باذاه الناس ولو لم يقم عليه دليل أنه أتى فعلا معينا .

ونظرية التعزير للمصلحة العامة تسمح باتخاذ أي اجراء ؛ لحماية أمن الجماعة وصيانة نظامها من الاشخاص المشبوهين والخطرين ، ومعتادي الاجرام ، ودعاة الانقلابات والفتن ، والنظرية بعد ذلك تقوم على قواعد الشريعة العامة

---

(١) نهاية المحتاج ج ٨ ص ١٨ — الاقناع — ج ٤ ص ٢٦٩ ، ٢٧٣ — بدائع الصنائع الجزء السابع ص ٦٤ — يرى البعض اعتبار الفعل معصية بذاته.

---

٦٠ — أي مصلحة يا ترى في نفيه الى البصرة ، واذا خاف الخليفة من افتتان نساء المدينة به ، فلماذا يا ترى لم يخف من افتتان نساء اهل البصرة ، وأي فرق بين البلدين يا ليت شعري .

التي تقضي بأن الضرر الخاص يتحمل لدفع الضرر العام وأن الضرر الأشد يزال بالضرر الاخف .

١٠٧ ـ سلطة القاضي فى التعزير للمصلحة العامة ليست تحكمية :

قلنا ان الحالات التي يعزر فيها على فعل لم ينص على تحريمه بذاته من قبل لا يمكن حصرها ، وان القاضي ليس له أن يحكم بالعقوبة في الحالة التي تعرض عليه الا اذا كان فيها ما يمس النظام العام أو صالح الجماعة ، فان لم تكن كذلك قضى بالبراءة . واذا عاقب فليس له أن يعاقب الا باحدى عقوبات التعزير . فسلطة القاضي اذن ليست مطلقة ولا تحكمية ، وانما هي مقيدة بقيود بينتها الشريعة وأوجبت توفرها . وسلطة القاضي هنا لا تزيد شيئا عن سلطته في جرائم التعزير المنصوص على تحريمها ، وكل ما يمكن قوله عن هذه السلطة أنها سلطة واسعة أعطيت للقاضي ليحسن اختيار العقوبة وتقدير ظروف الجريمة والمجرم ــ ٦١ ــ ، ولم تعط اليه ليخلق الجرائم وينشيء العقوبات ، ومهما وسعت الشريعة من سلطة القاضي فانها لم تخرج عن قاعدتها العامة التي تقضي بأن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص ، بل ظلت الشريعة متمسكة بهذه القاعدة ، وان طبقتها على وجه خاص في حالة التعزير للمصلحة العامة .

ويخطيء خطأ جسيما من يظن أن القاضي له أن يعتبر الفعل جريمة اذا

---

٦١ ــ مر آنفا أن للحاكم ازال العقوبة وان لم تثبت الجريمة كما في سجن رسول الله (ص) لمن اتهم بالسرقة وليس هذا من التعزير ، اذ لا تعزير الا على جريمة وانما هو عقوبة تقتضيها المصلحة العامة لأن عدم سجنه مالم تثبت الجريمة عليه قد يضر بالمصلحة وبالمجتمع والمصلحة العامة أولى بالاهتمام من المصلحة الخاصة .

كان ماسا بالنظام العام او صالح الجماعة ، لأن الشريعة تشترط للعقاب أن تكون الحالة أو الفعل ماسا بالصالح العام أو النظام العام ، وهذا في ذاته تحديد للجريمة ، ونص صريح على أن كل انسان أتى فعلا يمس مصلحة عامة أو نظام الجماعة ، أو وجد في حالة تؤذي المصلحة والنظام العامين يعاقب بالعقوبات المقررة للمعاصي ، والفعل المحرم اذا لم يعين بذاته فانه يعين بوصفه .

١٠٨ ــ لا جريمة ولا عقوبة بلا نص في هذا النوع من التعزير :

فالشريعة اذن لم تخرج على القاعدة القائلة بأن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص . وانما تساهلت على تطبيقها على هذا النوع من الجرائم أكثر مما تساهلت على تطبيقها على جرائم التعزير العادية . فبدلا من أن تنص على الفعل المكون للجريمة وتحدد له عقوبة مقدرة كما فعلت في جرائم الحدود أو جرائم القصاص والدية ، وبدلا من أن تنص على الفعل المحرم وتعينه ثم تترك القاضي أن يعاقب عليه بالعقوبة التي يراها ملائمة من بين العقوبات المقررة للتعزير ، جاءت بدلا من هذا كله تقرر : أن كل فعل أو حالة تمس نظام الجماعة أو مصلحتها يعاقب عليها بالعقوبة التي يراها القاضي ملائمة من العقوبات المقررة للتعزير .

ونستطيع أن نتبين فيما يلي الطرائق المختلفة التي اتبعتها الشريعة في تطبيق قاعدة أن لا عقوبة ولا جريمة بلا نص ومدى الفرق بين هذه الطرائق:

أولا ــ من حيث النص على الجريمة : حددت الشريعة عين الفعل المكون للجريمة ، وعينته تعيينا لاشك فيه في جرائم الحدود ، وفي جرائم القصاص والدية وفي جرائم التعازير العادية ، فهو جريمة في أي وقت ، وفي أي ظرف ، أما في التعزير للصالح العام فالفعل المحرم لم يحدد بعينه ــ ٦٢ ــ ، وانما

---

٦٢ ــ مر عليك قريبا أن هذا النوع من العقوبة ليست من التعزير ولا تختص بالمجرم .

حدد بوصفه ، ولما كان من الممكن أن يتخلف الوصف عن الفعل ، فيترتب على هذا أن يكون فعل ما في بعض الظروف ماسا بصالح الجماعة أو نظامها، وفي ظروف أخرى غير ماس بهما .

ثانيا — من حيث النص على العقوبة : نصت الشريعة على العقوبات المقررة للجرائم في كل الأحوال . ولكنها عينت عقوبة كل جريمة على حدة ، وجعلتها لازمة في جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية . أما في جرائم التعازير جميعا سواء كانت عادية أو مقررة لحماية المصلحة العامة والنظام العام فقد عينت الشريعة مجموعة من العقوبات لهذه الجرائم . وتركت للقاضي أن يختار من بينها العقوبة الملائمة — ٦٣ — .

هذا هو أثر قاعدة أن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص في جرائم التعازير المقررة لحماية المصلحة العامة . فالقاعدة مطبقة ولكن في حدود واسعة، ومن ثم فلا يمكن القول بأن الجاني يعاقب على فعل لم يحرم — ٦٤ — ، أو لم يعلم بسبق تحريمه ؛ لأن الشريعة تعاقب على كل فعل يصدر من صاحبه ماسا بالنظام العام أو المصلحة العامة ، وعلى كل حال يوجد فيها الجاني اذا مست بنظام الجماعة وصالحها ، فعلى كل انسان اذن أن يبتعد عن كل ما يمس بالصالح العام ، وعليه أن يراعي الظروف ويحسب حسابها ويقدرها في كل وقت وآن .

---

٦٣ — أي التي تصلح لردع المجرم عن الاجرام ثانية وزجر سواه عن الاجرام بمثل جريمته .

٦٤ — مر عليك قريبا ان العقاب قد يكون مع عدم ثبوت الجريمة مراعاة للمصلحة كما في سجن النبي (ص) لمن أتهم بالسرقة .

١٠٩ ـ العلة فى اجازة التعزير للمصلحة العامة :

والضرورات الاجتماعية هي المسوغ الوحيد لاقرار الشريعة هذا النوع من جرائم التعزير ، فحماية نظام الجماعة وصوالحها العامة تقتضي نصوصا مرنة تلائم كل وقت وآن ، وكل ظرف وحالة ، وليس أكثر مرونة وأكثر ملاءمة لحاجات الجماعة من هذا الذي جاءت به الشريعة ، فانه قمين أن يقمع كل من تحدثه نفسه بالحاق الضرر بالجماعة أو بنظامها ، لأنه اذا استطاع أن يفلت من أحكام النصوص الجامدة فلن يستطيع بحال أن يفلت من هذه النصوص المرنة ، وسنرى بعد قليل أن أحدث القوانين الوضعية أخذت بنظرية الشريعة الاسلامية توصلا لحماية النظام والصالح العام .

***

القسم الثالث

فى التعزير على المخالفات

١١٠ — التعزير على المخالفات :

الاصل في التعزير أنه على فعل المحرمات وترك الواجبات ، وهذا متفق عليه ، ولكن الفقهاء اختلفوا على جواز التعزير في اتيان المكروه وترك المندوب، ففريق يرى أن لا عقاب على فعل مكروه أو ترك مندوب [١] — ٦٥ — ، وفريق يرى العقاب على فعل المكروه وترك المندوب [٢] ، وأساس اختلافهم في هذا الحكم هو اختلافهم في تعريف المكروه والمندوب ، فمن رأى أن المكروه نهي بتخيير في الفعل ، وأن المندوب أمر بتخيير في الفعل ، أو أن المكروه ليس نهيا ، والمندوب ليس أمرا ، من رأى هذا قال بعدم جواز العقاب ؛ لأن العقاب لا يكون الا بتكليف . ومن رأى أن المندوب أمر لا تخيير فيه ، وأن

(١) الاحكام فى أصول الاحكام لابن حزم ج ١ ص ٤٣ — الاقناع ج ٤ ص٢٧٠ ، ٢٧١ . مواهب الجليل ج٦ ص٣٢٠ . بدائع الصنائع ج٧ ص٦٣— شرح مسلم الثبوت ج ١ ص ١١١ ، ١١٢ .

(٢) المستصفى للغزالي ج ١ ص ٧٥ ، ٧٦ — الاحكام في أصول الاحكام للآمدي ص ١٧٠ وما بعدها من ج ١ — تحفة المحتاج ج ٨ ص ١٨ — مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢٠ — تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٥٩ ، ٢٦٠ . الأحكام السلطانية ص ٢١٢ .

٦٥ — وهو الرأي السائد بين فقهاء المذهب الجعفري لانه لا عقاب الا على معصية ولا معصية في ترك المندوب ولا في فعل المكروه لان المكلف مخير في اتيان كل منهما وتركه .

المكروه نهي لا تخيير فيه ، قال بجواز العقاب على فعل المنهي عنه ، وترك المندوب اليه ، والقائلين بهذا الرأي مع تجويزهم العقاب لا يسمون الفعل أو الترك معصية ، ولا يسمون الجاني عاصيا ، وانما يسمون الفعل والترك مخالفة ، والجاني مخالفا ، ويعللون ذلك بأن العصيان اسم ذم ، وأن الذم أسقط عن فاعل المكروه وتارك المندوب (١) .

ويحتج بعض القائلين — ٦٦ — بالعقاب بفعل عمر رضي الله عنه ، حيث مر على شخص أضجع شاة يذبحها ، وجعل يحد الشفرة ، فعلاه بالدرة وقال له : هلا حددتها أولا (٢) .

والذين يقولون بالعقاب يشترطون أن يتكرر اتيان المكروه وترك المندوب حتى يمكن العقاب ، فالعقاب عندهم ليس على الاتيان أو الترك في ذاته ، وانما هو على اعتياد اتيان المكروه وترك المندوب ، ويعتبرون أن العادة تتكون من تكرار الفعل مرتين (٣) .

واذا وقع الاتيان أو الترك ماسا بمصلحة عامة أو بالنظام العام عوقب على الاتيان والترك دون حاجة للتكرار ، سواء أخذنا برأي القائلين بالعقوبة أو بالرأي المضاد ، لأن العقاب في هذه الحالة ليس أساسه اعتبار الفعل مكروها أو الترك مندوبا اليه ، وانما أساسه أن الفعل أو الترك ماس بالمصلحة العامة أو النظام العام .

---

(١) المستصفى للغزالي ج ١ ص ٧٦ — الاحكام في أصول الاحكام للآمدي ج ١ ص ١٧٣ ، ١٧٤ .
(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢٠ .
(٣) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢٠ — الاحكام السلطانية ص ٣١٢ .

---

٦٦ — لايصح الاحتجاج، بنظر فقهاء المذهب الجعفري، الا بفعل معصوم ، ولم يدع أحد من المسلمين عصمة عمر بن الخطاب .

الفرع الرابع

كيف طبقت القوانين الوضعية القاعدة ؟

١١١ ـ القوانين الوضعية وقاعدة النص على الجريمة والعقوبة :

لم تعرف القوانين قاعدة « لا جريمة ولا عقوبة بلا نص » الا في أواخر القرن الثامن عشر ، لان القاعدة وليدة الثورة الفرنسية ، أما قبل ذلك فكان القضاة يتحكمون في تحديد الجرائم وتعيين عقوباتها ، فيعتبرون الفعل جريمة ولو لم يكن قد نص على تحريمه ، ويعاقبون عليه بأية عقوبة شاءوا ولو لم يكن منصوصا عليها ، وقد كانت هذه السلطة التحكمية هي الدافع الاول الذي دفع الى تقرير القاعدة والعمل بها (١) .

١١٢ ـ كيف طبقت القوانين القاعدة ؟ :

والقوانين الوضعية لا تطبق القاعدة اليوم على الوجه الذي سبق أن طبقتها به يوم عرفتها ، فقد كان القانون الفرنسي أول قانون طبقها ، وعنه أخذت أكثر القوانين ، وكان القانون الفرنسي يتشدد أول الامر في تطبيقها تشددا عظيما ، فعين الجرائم تعيينا دقيقا وجعل لكل جريمة عقوبة محددة ليس للقاضي أن يزيد فيها أو ينقص منها ، فكانت مهمة القاضي منحصرة في أن يحكم بالعقوبة اذا تبين له أن المتهم مدان ، وأن يحكم بالبراءة اذا لم

(١) شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسي والسعيد مصطفى ص ١٠١ ـ القانون الجنائي لعلي بدوي ص ١٠٢ ـ القانون الجنائي لاحمد صفوت ص ٧٧ .

تثبت التهمة دون أن يكون لظروف المتهم أو الجريمة أثر على العقوبة ولم يكن للسلطة التنفيذية حق العفو ولا تخفيض العقوبة فكانت مهمتها قاصرة على تنفيذ الحكم أيا كان .

وقد اضطر المشرع الفرنسي الى العدول عن هذا النظام لا لأنه غير صالح ، ولكن لعدم صلاحية الاداة التي وكل اليها تطبيقه ، فالتشريع الفرنسي يأخذ بنظام المحلفين وهم أناس ينقادون لعاطفتهم أكثر مما ينقادون لعقولهم ، فكانوا يقررون في كثير من الحالات أن المتهمين ليسوا مدانين ، لا لأن المتهمين براء ولكن تحرجا من معاقبتهم بعقوبة شديدة لا يملك القاضي أن يتصرف في تطبيقها أو يخفف من شدتها ، ولا تملك السلطة التنفيذية أن تخففها أو تتساهل على تنفيذها ، ومن ثم عدلت نصوص القانون الفرنسي لمعالجة هذه الحالة فجعل المشرع لكل عقوبة حدين : حدا أدنى وحدا أعلا وترك للقاضي أن يقدر العقوبة فيما بين هذين الحدين ، كما أنه جعل لكثير من الجرائم عقوبتين، وترك للقاضي أن يحكم بهما معا أو يختار احداهما فقط[١] .

وقد انتقلت قاعدة « لا جريمة ولا عقوبة بلا نص » من القانون الفرنسي الى القوانين الوضعية الاخرى ، ولكنها أخذت تتطور تحت تأثير التجربة والاختبار وحاجات الجماعة ، فأعطي القضاة حق ايقاف تنفيذ العقوبة ، وأعطيت السلطة التنفيذية الحق في العفو عن العقوبة أو تخفيضها ، وحق الافراج تحت شرط ، واستحدث نظام العقوبة غير المحدودة .

ومع أن القاعدة تطورت هذا التطور الكبير فان شراح القانون الوضعي يرون أن القاعدة ظلت محترمة ، وأن هذا التوسع لا يخل بشرعية العقوبة

---

(١) شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسي والسعيد مصطفى ص ١٠٢ — القانون الجنائي لعلي بدوي ص ١٠٢ وما بعدها .

ما دام أن هذا التوسع جاء طبقا لنصوص القانون ، وما دام أن القضاة يستعملون سلطة خولهم الشارع اياها مقدما •

ولقد جاء التساهل في تطبيق القاعدة من ناحية العقوبة ، وبقيت القاعدة سليمة محترمة زمنا طويلا فيما يختص بتعيين الجريمة حتى اذا جاء القرن العشرون أخذت القاعدة كلها تصبح محلا للانتقاد وهاجمها الكثيرون من الشراح بحجة أنها لا تصلح لمواجهة الضرورات الأجتماعية ، وأنها تؤدي الى ضياع مصلحة الجماعة ذلك أن نصوص القوانين الجنائية تقصر دائما عن تناول كل ما يخل بنظام الجماعة وصوالحها ، وان المجرمين يتفننون في الهرب من الوقوع تحت سلطان النصوص ثم يعبثون ما شاءوا بمصالح الأفراد والجماعة ونظامها ، وهم آمنون من العقاب ، فإذا استصدرت قوانين لتحريم الأفعال الجديدة التي أدى ارتكابها للعبث بالمصلحة العامة ، عاد المجرمون يعملون على التهرب من نصوصها القاصرة ، وعادوا الى جرائمهم آمنين من العقاب •

وقد كان لهذا الانتقاد أثره العملي فبدأت بعض الدول الكبرى تخرج عن القاعدة من جديد فيما يختص بتعيين الجريمة وتحديد العقوبة معاً ، كالتشريع الالماني الصادر في سنة ١٩٣٥ ، حيث خول القاضي اذا عرض عليه فعل يمس المجتمع الالماني دون أن يكون قد ورد فيه نص جنائي خاص أن يعتبر هذا الفعل جريمة ويوقع على مرتكبه عقوبة ، (المادة الثانية من القانون الجنائي الالماني) • وكالقانون الايطالي ، فانه ترك للقاضي في بعض الاحوال تعديل تنفيذ العقوبة من حيث مدتها وأسلوبها ، وكالقانون السوفياتي الذي خرج عن القاعدة من سنة ١٩٢٦ ، وكالقانون الدانمركي الذي أباح العقاب على أي فعل يمكن قياسه على فعل آخر محرم • ولا نذكر القانون الانجليزي الذي يأخذ بنظام يشبه نظام التعازير في الشريعة • ولم يقتصر الامر على ذلك ،

بل بدأ علماء القانون الجنائي يناقشون المبدأ في مؤتمراتهم العامة بعد أن كان فوق المناقشة ، توصلا الى معرفة مدى المجتمع اليه ، ومدى عجز المبدأ عن حماية صوالح الجماعات ، وقد عرض هذا الموضوع على المؤتمر الدولي الرابع لقانون العقوبات في سنة ١٩٣٧ ، ولكن المؤتمر قرر الابقاء على القاعدة .

ويتجه العلماء والشراح الآن الى الخروج على القاعدة من وجهين : فمن ناحية الجريمة يرون الاكتفاء بتعيين الافعال المحرمة تعيينا عاما ، بحيث يدخل تحت النص الواحد أكثر من حالة واحدة ، وبحيث لا يستطيع المجرم أن يفلت من هذا النص العام المرن . ومن ناحية العقوبة يرون الاكتفاء بتحديد الحد الأقصى للعقوبة دون الحد الأدنى ، ليكون للقاضي سلطة واسعة في تطبيق العقوبة بل يرى بعض كبار العلماء الجنائيين أن يترك تحديد العقوبة — نوعا ومقدارا — الى اختيار القاضي وتقديره حتى تكون العقوبة محققة للغاية من تشريعها (١) .

١١٣ — بين الشريعة والقانون :

ظاهر مما سبق أن كلا من الشريعة والقوانين الوضعية توجب ان لا تكون جريمة ولا عقوبة بلا نص ، ولكن الشريعة تختلف عن القوانين في تطبيق هذه القاعدة من عدة وجوه :

أولا — من حيث تاريخ تطبيق القاعدة : طبقت الشريعة الاسلامية القاعدة قبل أن تعرفها القوانين الوضعية وتطبقها باثني عشر قرنا في الاقل ، فالقوانين الوضعية لم تأت بشيء جديد ، وانما أخذت النظرية التي ابتكرتها

(١) الموسوعة الجنائية ج ٥ ص ٥٥٢ وما بعدها — القانون الجنائي لعلي بدوي ص ١٠٣ — شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسي والسعيد مصطفى ص ١٠٢ — ١٠٤ .

الشريعة .

ثانيا ـ من حيث التطبيق بصفة عامة : يختلف تطبيق القاعدة في الشريعة باختلاف نوع الجرائم التي تطبق عليها . ففي الجرائم الخطيرة التي يتأثر بها أمن الجماعة ونظامها تأثرا شديدا تتشدد الشريعة في تطبيق القاعدة تشددا تاما ، فتدقق في تحديد الجريمة وتعيين العقوبة ، وهذا هو المتبع في جرائم الحدود ، وفي جرائم القصاص والدية . وفي الجرائم الأقل خطورة، وهي جرائم التعازير بصفة عامة تتساهل الشريعة على تطبيق القاعدة من ناحية العقوبة ، فتجعل لجرائم التعازير كلها مجموعة من العقوبات ، وتترك للقاضي أن يختار من بينها العقوبة الملائمة . وفي جرائم التعازير المقررة للمصلحة تتساهل الشريعة على تطبيق القاعدة من ناحية الجريمة ، وتكتفي بوضع نصوص عامة جدا يدخل تحتها أي فعل يمس المصلحة العامة والنظام العام . فكأن الشريعة تطبق القاعدة بثلاث طرق ، لكل نوع من الجرائم طريقة خاصة تلائمه وتلائم مصلحة الجماعة والافراد .

أما القوانين الوضعية فتطبق القاعدة بطريقة واحدة على كل الجرائم ، ولعل هذا هو علة النتائج السيئة التي ترتبت على تطبيق القاعدة ، ففي أول الأمر طبقت القوانين الوضعية الطريقة الأولى ـ التي خصصتها الشريعة للجرائم الخطيرة ـ على كل الجرائم التي يعاقب عليها القانون ، فكان التعميم في التطبيق سببا في تحرج المحلفين والقضاة من الحكم بعقوبة شديدة في جريمة غير خطيرة وفي تبرئة كثير من القضايا . ثم عدلت القوانين الوضعية عن هذه الطريقة ، وأخذت بطريقة الشريعة الثانية مع تضييق سلطة القاضي في اختيار العقوبة وتحديدها ، ولكنها طبقت هذه الطريقة أيضا بصفة عامة، فكان من نتيجة هذا التعميم أن كثر وقوع الجرائم الخطيرة ، وصارت تزيد

عاما بعد عام ، لأن القضاة يعاقبون عليها بعقوبات بسيطة ، مستعملين سلطتهم في اختيار العقوبة وتقديرها ، وهذه الطريقة هي المتبعة الآن في معظم القوانين الوضعية الا أن بعض القوانين الوضعية كالقانون الألماني والقانون الدانمركي أخذت أيضا بطريقة الشريعة الثالثة في بعض الجرائم فكأنها تطبق الطريقتين الشرعيتين الثانية والثالثة .

ولاشك أن نظرية الشريعة الاسلامية في تطبيق القاعدة أكثر دقة ومرونة وأقرب الى حاجات الجماعة . وأكفل بحماية الأمن والنظام ، كما أن فيها العلاج الناجع لما ظهر من عيوب في تطبيق القاعدة بطريقة واحدة على كل الجرائم .

ثالثا — من حيث الجريمة : تراعى الشريعة كقاعدة عامة عندما تحدد الجريمة ، أن يكون النص عاما ومرنا الى حد كبير ، بحيث ينطوي تحته كل ما يمكن تصوره من الحالات . ولا يخرج عن حكمه أية حالة ، والشريعة تضيق من دائرة هذا التعميم (١) . الى حد ما في جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ، أما فيما عداها فالتعميم في النص يأخذ حده كما هو الحال في المعاصي التي يعزر فيها مثل قوله تعالى : « ولا تجسَّسوا » تحريما لجريمة التجسس ، ومثل قوله : « وأحل الله البيع وحرم الربا » ومثل قوله : «أوفوا الكيل » ومثل قوله : « لا تخونوا الله والرسول وتخونوا أماناتكم » وفي التعزير المقرر للمصلحة العامة يصل التعميم والمرونة الى حد تحريم الفعل بوصفه لا بذاته — ٦٧ — ، بحيث لا يمكن معرفة ما اذا كان الفعل جريمة

(١) اذا لم يكن التضييق ظاهرا في النصوص المحرمة للجريمة فانه ظاهر

٦٧ — بل قد يعاقب مع عدم الحرمة اصلا محافظة على المصلحة العامة كما مر عليك قريبا .

أو غير جريمة الا بعد أن يقع • وقد كان لعموم النصوص ومرونتها أثرها البالغ في صلاحية الشريعة لكل زمان ومكان ، واستغنائها عن التعـديل والتبديل •

أما القوانين الوضعية فالأصل فيها أن تحدد الجريمة ، وتعينها تعيينا دقيقا ، وتبين أركانها الاساسية التي لا تقوم بغيرها ، ومن ثم كانت الافعال التي يمكن أن تدخل تحت أي نص محدودة ، وكانت كل حالة جديدة تقتضي تغييرا في النصوص ، وكان من السهل التحايل على النصوص والتهرب من أحكام قانون العقوبات • ولعل هذا هو الذي دعا علماء القانون الآن الى أن يفكروا في أن تكون النصوص عامة ومرنة ، لدرجة تسمح بأن تحكم كل الحالات ، وهذا الذي يقول به علماء القانون اليوم هو الأساس الذي قامت عليه الشريعة الاسلامية •

رابعا ـ من حيث العقوبة : القاعدة العامة في الشريعة هي ان ينص على عقوبة الجريمة بحيث تتعين العقوبة تعيينا لاشك فيه ، وبحيث لا يكون للقاضي أن يخلق عقوبة من عنده ، وقد فرقت الشريعة بين الجرائم ، التي تمس أمن الجماعة ونظامها مساسا شديدا ، وبين غيرها من الجرائم ، والقسم الأول هو جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ، والقسم الثاني هو جرائم التعزير بأنواعها المختلفة ففي جرائم القسم الأول لكل جريمة أو عقوبات معينة لاخيار للقاضي في توقيعها ، وهو ملزم بالحكم بها متى ثبت لديه أن الجاني ارتكب الجريمة • أما في القسم الثاني فقد عينت الشريعـة مجموعة من

في بقية النصوص الاخرى التي تحكم الجريمة ، فالسرقة جاء نصها عاما ولكن دائرة هذا التعميم ضيقت بما وضعه الرسول من قيـود كاشتراط الحرز واشتراط أن لا يكون الثمر مطلقا وغير ذلك .

العقوبات لجرائم التعازير بأنواعها ـــ ٦٨ ـــ ، وتركت القاضي أن يختار العقوبة الملائمة أو أكثر من عقوبة ، كما تركت له أن يقدر العقوبة من بين الحد الأعلى والأدنى للعقوبة اذا كانت ذات حدين ، وأن يوقف تنفيذ العقوبة أو يمضيها طبقا لما يراه ملائما لحال المجرم ولظروف الجريمة .

أما القوانين الوضعية فتحدد لكل جريمة عقوبة واحدة هي في الغالب ذات حدين ، أو تحدد لكل جريمة عقوبتين كلتاهما ذات حدين ، وتترك للقاضي أن يوقع العقوبتين أو عقوبة واحدة ، وأن يقدر العقوبة من بين الحد الادنى والاعلى للعقوبة ، وله أن يوقف تنفيذ العقوبة بشروط معينة وله أن يمضيها ، وفي كثير من الجرائم تشترط القوانين الوضعية أن لا تنزل العقوبة عن حد معين كما أنها تمنع ايقاف تنفيذ العقوبة ، والغالب أن يكون ذلك في الجرائم الخطيرة . وظاهر من هذا أن سلطة القاضي في القوانين الوضعية أضيق بكثير من سلطة القاضي في الشريعة ، فالقاضي الذي يطبق القانون الوضعي مقيد بتطبيق العقوبة التي حددها القانون اذا كانت عقوبة واحدة ، ولا يستطيع أن يختار الا بين عقوبتين اذا أعطى حق الاختيار ، وليس له في كثير من الاحوال أن ينزل بالعقوبة عن حد معين ، وليس له أن يوقف التنفيذ في كثير من الجرائم ، وهو بالتالي لا يملك السلطان الكافي الذي يساعده على معالجة المجرم والاجرام علاجا يتفق مع المصلحة العامة . وقد رأى كثير من كبار العلماء أن علاج هذه الحالة لا يتأتى الا اذا أمكن القاضي من اختيار العقوبة نوعا ومقدارا ، وهذا لا يتأتى الا اذا كان له أن يطبق مجموعة من

---

٦٨ ـــ وعلى القاضي ان يختار ما يكون سببا لردع المجرم وزجر سواه ، وقد اشترط بعض فقهاء المذهب الجعفري أن لا يصل الى مقدار احد الحدود الشرعية .

العقوبات ، فاذا أخذ بهذا الرأي الذي يناشي بـه كبار العلماء أليوم فان القانون يصبح مثل الشريعة فيما يتعلق بجرائم التعازير وعقوباتها • وظاهر كذلك من منع القاضي من ايقاف التنفيذ في الجرائم الخطيرة ، ومن عدم السماح له بأن ينزل بالعقوبة عن حد معين ، ومن تحديد عقوبة أو عقوبتين لكل جريمة ، ظاهر من هذا أن القوانين تأخذ بمبدأ الشريعة في جرائم الحدود والقصاص ولكن الى حد محدود •

وليس يهمنا أن تكون القوانين الوضعية مخالفة للشريعة الآن في بعض الحالات ، فقد كانت تخالفها في كل شيء حتى أواخر القرن الثامن عشر وانما يهمنا أن نعلم أن القانون الوضعي بدأ بعد ذلك يسير وراء الشريعة ، ويأخذ بمبادئها ، ويطبق نظرياتها ، وأن ما يطلبه علماء القانون أن يتحقق في القانون، هو نفس ما تأخذ به الشريعة ، وما تقوم عليه ، وان في ذلك لذكرى للذاكرين•

المبحث الثاني

فى أدلة الاحكام الشرعية

أي

مصادر التشريع الجنائي

١١٤ ـ مصادر التشريع الاسلامي بصفة عامة :

من المتفق عليه — ٦٩ — بين جمهور الفقهاء أن مصادر التشريع الاسلامي أربعة : ١ ــ القرآن ٢ ــ السنة ٣ ــ الاجماع ٤ القياس • ويعبر الفقهاء عن المصادر التشريعية بأنها الادلة التي تستمد منها الاحكام ، ومن المتفق عليه أيضا أن الحكم الذي يدل عليه واحد من هذه الادلة الاربعة هو حكم واجب الاتباع •

يرتب الفقهاء ــ ٧٠ ــ الادلة والاستدلال بها طبقا للترتيب الذيذكرناه،

---

٦٩ ــ لا اتفاق على ما ذكره المؤلف لان المصدر الرابع للتشريع عند فقهاء المذهب الجعفري هو العقل لا القياس •

٧٠ ــ لا ترتيب بين الادلة بنظر فقهاء المذهب الجعفري ويترتب على ذلك أن ورود حكم الواقعة في القرآن الكريم لا يمنع من الاستدلال ببقية الادلة الثلاثة ان ذكر فيها حكم الواقعة اثباتا أو نفيا اذا كان أخص من القرآن الكريم فيكون مخصصا للقرآن ان كان الدليل القرآني الدال على حكمه بالعموم وكان موضوعا للدلالة على شمول جميع الافراد،

فالمصدر الاول للشريعة هو القرآن ، والمصدر الثاني هو السنة ، والمصدر الثالث هو الاجماع ، والصدر الرابع هو القياس ، فاذا لم يوجد حكم الواقعة في القرآن رجع الى القياس •

وهناك مصادر أخرى للشريعة مختلف عليها ، فيراها البعض مصادر تشريعية أحكامها ملزمة ، ولا يراها البعض الآخر كذلك ، والمصادر المختلف عليها هي — ٧١ — : الاستحسان ، والاستصحاب ، والمصلحة المرسلة ، والعرف ، وشرع من قبلنا ، ومذهب الصحابي •

١١٥ — مصادر التشريع الجنائي الاسلامي :

مصادر التشريع الجنائي فيما يختص بالاجراءات الجنائية هي نفس المصادر التي سبق الكلام عليها مع مراعاة أن بعضها متفق عليه والبعض

ويكون الدليل الغير القرآني مقيدا للدليل القرآني ان كان الدليل القرآني يدل عليه بالاطلاق بأن كان الدليل القرآني دالا على حكم الطبيعة وكان شاملا لجميع الافراد لولا التقييد ، ويكون الدليل الغير القرآني الاخص مقيدا للدليل القرآني وكذا الكلام بالنسبة الى السنة وما بعدها من الادلة وكذا الكلام بالنسبة الى الاجماع والعقل •

٧١ — الرأي السائد بين فقهاء المذهب الجعفري عدم الاعتماد على المصادر المختلف عليها الا الاستصحاب ومن مصاديقه استصحاب شرع من كان قبلها ، فانا انما نرجع الى شرع من كان قبلنا باستصحابه الى ايامنا اذا شككنا في حكم من الاحكام ولم يكن عليه دليل في شريعتنا وعرفنا حكمه في الشريعة السالفة فانا نستصحب حكمه في الشريعة السابقة الى أيامنا •

مختلف عليه .

أما مصادر التشريع الاسلامي الجنائي المقرر للجرائم والعقوبات فأربعة فقط ، منها ثلاثة متفق عليها وهي : ١ ـ القرآن ٢ ـ السنة ٣ ـ الاجماع. أما الرابع فهو القياس ، وقد اختلف فيه الفقهاء ـ ٧٢ ـ ، فرأى البعض أنه مصدر تشريعي جنائي ، ورأى البعض أنه ليس مصدرا في تقرير الجرائم والعقوبات .

ويجب أن نلاحظ الفرق المهم بين القرآن والسنة من ناحية وبين غيرهما من المصادر من ناحية أخرى ، فالقرآن والسنة هما أساس الشريعة . وهما اللذان جاءا بنصوص الشريعة المقررة للأحكام الكلية ، أما بقية المصادر فهي لا تأتي بأسس شرعية جديدة ، ولا تقرر أحكاما كلية جديدة وانما هي طرق للاستدلال على الاحكام الفرعية من نصوص القرآن والسنة ، ولا يمكن أن تأتي بما يخالف القرآن والسنة ، لأنها تستمد منها وتستند الى نصوصهما .

---

٧٢ ـ مر عليك قريبا أن القياس ليس من مصادر التشريع عند فقهاء المذهب الجعفري ولا يعتمدون عليه ما لم يحصل العلم عندهم بالحكم الشرعي فان العلم من أي سبب حصل فهو حجة كما عرفت سابقا .

ان المصدر الرابع عند فقهاء المذهب الجعفري هو العقل وهو عبارة عن ادراك العقل لملاكات الحكم الشرعي ولا مجال له في التشريع الجنائي اذ لا مجال للعقل في تفهم ملاك الاحكام الجنائية الشرعية .

الفرع الاول

القرآن

١١٦ ـ القرآن :

هو كتاب الله المنزل على رسوله محمد صلى الله عليه وسلم، وهو المدون بين دفتي المصحف المبدوء بسورة الفاتحة المختوم بسورة الناس .

١١٧ ـ نصوص القرآن قطعية :

وقد نقل القرآن الينا بطريق التواتر كتابة ومشافهة ، والتواتر يفيد الجزم والقطع بصحة المنقول . ومن ثم كانت نصوص القرآن قطعية الورود ، فمن المقطوع به أنها وردت الينا عن الرسول كما أنزلت عليه من ربه ، لانها نقلت الينا عن الرسول بطريق التواتر كتابة ومشافهة . والنقل بطريق التواتر يفيد القطع واليقين ، فقد كتب القرآن عن الرسول جماعة من كتاب الوحي . وحفظه جمع من الصحابة لا يمكن أن يتواطأوا على الكذب ، ونقله عن هذه الجموع جموع أخر فلم يختلفوا في حرف أو لفظ على تعدد البلاد وتباعد الاقطار واختلاف الاجناس .

١١٨ ـ دلالة نصوص القرآن قطعية وظنية :

واذا كانت نصوص القرآن قطعية فان دلالتها على معانيها قد تكون قطعية وقد تكون ظنية ، فان كان النص دالا على معناه ولا يحتمل التأويل كانت دلالته قطعية مثل قوله تعالى : « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا » فدلالة

ثمانين على العدد قطعية ، ودلالة ابدا على التأبيد قطعية . وان كان النص دالا على معناه ، ولكنه يحتمل التأويل كانت دلالته ظنية كقوله تعالى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » فلفظ القرء قد يعني الحيض وقد يعني الطهر ومن ثم فدلالته على معناه ظنية لا قطعية اذا من المحتمل أن يكون المراد من اللفظ الحيض ، ومن المحتمل أن يكون المراد الطهر .

١١٩ ـ حجية احكام القرآن :

لا خلاف بين المسلمين في أن القرآن من عند الله ، وانه سبحانه وتعالى تعالى تجب له الطاعة ، فالقرآن حجة على كل مسلم ومسلمة وأحكامه واجبة الاتباع أيا كان نوعها .

١٢٠ ـ احكام القرآن شرعت للدنيا والآخرة :

وأحكام القرآن على نوعين : أحكام يراد بها اقامة الدين وهذه تشمل أحكام العقائد والعبادات . وأحكام يراد بها تنظيم الدولة والجماعة . وتنظيم علاقات الأفراد بعضهم ببعض ، وهذه تشمل أحكام المعاملات والعقوبات والاحوال الشخصية والدستورية الدولية الخ ...

وأحكام القرآن على تنوعها وتعددها أنزلت بقصد اسعاد الناس في الدنيا والآخرة ، ومن ثم كان لكل عمل دنيوي وجه أخروي ، فالفعل التعبدي أو المدني أو الجنائي أو الدستوري أو الدولي له أثره المترتب عليه في الدنيا من أداء الواجب ، أو افادة الحل والملك ، أو انشاء ألحق أو زواله ، أو توقيع العقوبة ، أو ترتيب المسؤولية الخ ، ولكن هذا الفعل الذي يترتب عليه أثره في الدنيا له أثر آخر مترتب عليه في الآخرة ، هو المثوبة أو العقوبة الاخروية .

وينبني على كون الشريعة مقصودا بها اسعاد الناس في الدنيا والاخرة أن تعتبر وحدة لا تقبل التجزئة ، أو جملة لا تقبل الانفصال ، لأن أخذ بعضها دون بعض لا يؤدي الى تحقيق الغرض منها ، ولأنه لا توجد شريعة أخرى على وجه الارض معمول بها تسلك مسلك الشريعة الاسلامية فلا ينبغي أن تقاس الشريعة في هذا بغيرها .

ومن يتتبع آيات الاحكام يجد كل حكم منها يترتب عليه جزاءان : جزاء دنيوي ، وجزاء أخروي فالقرآن يحرم القتل حيث يقول الله تعالى : « ولا تقتلوا لنفس التي حرم الله الا بالحق » [الاسراء : ٣٣] ويجعل للقتل جزاءين أحدهما نيوي ، والثاني أخروي ، فأما جزاء الدنيا فهو القصاص ، وأما جزاء الآخرة هو العذاب الأليم ، وذلك قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم قصاص في القتلى : الحر بالحر والعبد بالعبد ، والأنثى بالأنثى ، فمن عفى له ن أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء اليه باحسان ، ذلك تخفيف من ربكم رحمة فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم » [سورة البقرة : ١٧٨] والعذاب لأليم هو عذاب الآخرة ، ويؤيد ذلك قوله تعالى : « ومن يقتل مؤمنا متعمدا جزاؤه جهنم خالدا فيها ، وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذابا عظيما » النساء : ٩٣] ويؤيده أن القصاص عقوبة الدنيا على الاعتداء .

وجزاء قطع الطريق أو الحرابة ، القتل والقطع والصلب : والنفي عقوبة نيوية والعذاب العظيم عقوبة أخروية ، وذلك قوله تعالى : « انما جزاء الذين حاربون الله ورسوله ، ويسعون في الارض فسادا ، أن يقتلوا ، أو يصلبوا ، تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف ، او ينفوا من الارض ، ذلك خزي في دنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم » [سورة المائدة : ٣٣] .

وجزاء السارق القطع في الدنيا ، والعذاب في الآخرة ، لقوله تعالى :

« والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله والله عزيز حكيم • فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح فان الله يتوب عليه ان الله غفور رحيم» [سورة المائدة : ٣٨ ، ٣٩] والمقصود التوبة بعد العقوبة الدنيوية، ولا يتوب بعد عقابه الا من كان مسؤولا مسؤولية أخروية •

واشاعة الفاحشة ورمي المحصنات له عقوبة في الدنيا وعقوبة في الآخرة، حيث يقول جل شأنه : « ان الذين يحبون ان تشيع الفاحشة في الذين آمنوا لهم عذاب أليم في الدنيا والآخرة » [النور : ١٩] ويقول : « ان الذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات لعنوا في الدنيا والآخرة ولهم عذاب عظيم • يوم تشهد عليهم ألسنتهم وأيديهم وأرجلهم بما كانوا يعملون • يومئذ يوفيهم الله دينهم الحق ويعلمون أن الله هو الحق المبين » [النور ٢٣ — ٢٥] •

والزنا له عقوبتان أيضا احداهما في الدنيا والثانية في الآخرة ، فيقول الله تعالى : « الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة » [النور :٢] ويقول : « والذين لا يدعون مع الله الها آخر ، ولا يقتلون النفس التي حرم الله الا بالحق ، ولا يزنون ، ومن يفعل ذلك يلق اثاما • يضاعف له العذاب يوم القيامة ويخلد فيه مهانا • الا من تاب وآمن وعمل عملا صالحا فأولئك يبدل الله سيئاتهم حسنات وكان الله غفورا رحيما » [الفرقان : ٦٨ — ٧٠]•

واكل أموال اليتامى معاقب عليه في الدنيا والآخرة ، وذلك قوله تعالى: « وآتوا اليتامى أموالهم ولا تتبدلوا الخبيث بالطيب ، ولا تأكلوا أموالهم الى أموالكم انه كان حوبا كبيرا » وقوله : « ان الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما انما يأكلون في بطونهم نارا وسيصلون سعيرا » [النساء : ٢،١٠]•

وأكل الربا له عقوبتان الاولى في الدنيا والثانية في الآخرة ، وذلك قوله

تعالى : « الذين يأكلون الربا لا يقومون الا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس ، ذلك بأنهم قالوا انما البيع مثل الربا ، وأحل الله البيع وحرم الربا، فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وأمره الى الله ، ومن عاد فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون » [البقرة : ٢٧٥] .

وتعطيل المساجد له كذلك عقوبة دنيوية وعقوبة أخروية حيث يقول جل شأنه : « ومن أظلم ممن منع مساجد الله أن يذكر فيها اسمه وسعى في خرابها ، أولئك ما كان لهم أن يدخلوها الا خائفين ، لهم في الدنيا خزي ولهم في الآخرة عذاب عظيم » [البقرة : ١١٤] .

والتولي عند الزحف له عقوبتان أيضا في قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا اذا لقيتم الذين كفروا زحفا فلا تولوهم الأدبار ، ومن يولهم يومئذ دبره الا متحرفا لقتال أو متحيزا الى فئة فقد باء بغضب من الله ، ومأواه جهنم وبئس المصير » [الأنفال : ١٥ ، ١٦] .

وللمرتد عقاب في الدنيا وعقاب في الآخرة في قوله تعالى : « ومن يرتدد منكم عن دينه فيمت وهو كافر ، فأولئك حبطت أعمالهم في الدنيا والآخرة وأولئك اصحاب النار هم فيها خالدون » [البقرة : ٢١٧] .

وهكذا لانكاد نجد حكما لم ترتب عليه الشريعة عقوبة أخروية فوق العقوبة الدنيوية ، وان وجدنا شيئا من ذلك فانه يدخل تحت قوله تعالى : « أفمن كان مؤمنا كمن كان فاسقا لا يستوون . أما الذين آمنوا وعملوا الصالحات فلهم جنات المأوى نزلا بما كانوا يعملون . وأما الذين فسقوا فمأواهم النار كلما أرادوا أن يخرجوا منها أعيدوا فيها ، وقيل لهم ذوقوا عذاب النار الذي كنتم به تكذبون » [السجدة : ١٨ — ٢٠] وقوله : « ومن يطع الله ورسوله يدخله جنات تجري من تحتها الأنهار خالدين فيها وذلك الفوز

لعظيم • ومن يعص الله ورسوله ويتعد حدوده يدخله نارا خالدا فيها وله عذاب مهين » [النساء : ١٣ ، ١٤] وهناك كثير من النصوص العامة قاطعة بهذا لمعنى وفيما ذكرناه هنا الكفاية •

ولم تشرع أحكام الشريعة الاسلامية للدنيا والآخرة عبثا وانما اقتضى لك منطق الشريعة • فهي في أصلها تعتبر أن الدنيا دار ابتلاء وفناء ، وأن لآخرة دار بقاء وجزاء ، وأن الانسان مسؤول عن أعماله في الدنيا ومجزي نها في الآخرة ، فان فعل خيرا فلنفسه ، وان أساء فعليها ، والجزاء الدنيوي يمنع من الجزاء الاخروي الا اذا تاب الانسان وأناب •

١٢١ — أحكام الشريعة لا تتجزأ :

وأحكام الشريعة لا تتجزء ولا تقبل الانفصال ، وليس ذلك فقط لما كرناه من أن التجزئة تخالف الغرض من الشريعة ، وانما لأن نصوص الشريعة سها تمنع من العمل ببعضها واهمال البعض الآخر ، كما تمنع من الايمان عضها والكفر ببعض ، وتوجب العمل بكل أحكامها والايمان ايمانا تاما بكل جاءت به ، فمن لم يؤمن بهذا ويعمل به دخل تحت قوله تعالى : « أفتؤمنون عض الكتاب وتكفرون ببعض ، فما جزاء من يفعل ذلك منكم الا خزي في حياة الدنيا ، ويوم القيامة يردون الى أشد العذاب » [ألبقرة : ٨٥] •

والنصوص الواردة في تحريم العمل ببعض الشريعة دون بعضها كثيرة نها قوله تعالى : « ان الذين يكتمون ما أنزلنا من البينات والهدى من بعد ما يناه للناس في الكتاب ، أولئك يلعنهم الله ويلعنهم اللاعنون • الا الذين تابوا أصلحوا وبينوا فأولئك أتوب عليهم وأنا التواب الرحيم [البقرة: ١٥٩، ١٦٠] لكتمان معناه العمل ببعض الاحكام دون بعضها الآخر — ٧٣ — ، والاعتراف

---

١ — معنى الكتمان لغة وعرفا الستر ، فمعنى الآية المباركة والتي بعدها حرمة

ببعضها وانكار البعض الآخر .

ومنها قوله تعالى : « ان الذين يكتمون ما أنزل الله من الكتاب ويشترون به ثمنا قليلا أولئك ما يأكلون في بطونهم الا النــار ، ولا يكلمهم الله يوم القيامة ولا يزكيهم ، ولهم عذاب أليم . أولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى والعذاب بالمغفرة فما أصبرهم على النار » [البقرة : ١٧٤ ، ١٧٥] .

وقوله تعالى : « أفغير دين الله يبغون وله أسلم من في السموات والأرض طوعا وكرها واليه يرجعون » وقوله « ومن يبتغ غير الاسلام دينا فلن يقبل منه وهو في الآخرة من الخاسرين » [آل عمران : ٨٣ ، ٨٥] .

وقوله : « واذا أخذ الله ميثاق الذين أوتوا الكتاب لتبيننه للناس ولا

كتمان ما انزل الله من البينات ، ولا تدل على النهي عن الايمان ببعض الكتاب دون بعض .

ويمكن تقريب الاستدلال بهما على المنع من الايمان ببعض الكتاب دون بعض بأن نقول ان الآيتين المباركتين كما تدلان على حرمة كتمان جميع الآيات المباركة تدلان على حرمة كتمان بعض الآيات مع عــدم كتمان البعض الآخر ، والكتمان ملازم للكفر ، فالآيتان المباركتان تدلان على المنع عن الايمان ببعض الآيات دون بعض .

ولما كان انكار بعض الاحكام ملازما للبعد عن دين الله وابتغاء سواه لأن الدين عبارة عن مجموع الاحكام الالهية ، فانكار بعضها ملازم للبعد عن الله سبحانه وعن احكام الاسلام فيتضح بذلك الاستدلال على حرمة انكار بعض احكام الشريعة وعدم العمل بها بالآيتين المباركتين الثانية والثالثة .

تكتمونه فنبذوه وراء ظهورهم واشتروا به ثمنا قليلا فبئس مايشترون» — ٧٤ — [آل عمران : ١٨٧] •

وقوله : « يا أيها الرسول لا يحزنك الذين يسارعون في الكفر من الذين قالوا آمنا بأفواههم ولم تؤمن قلوبهم ، ومن الذين هادوا سماعون للكذب سماعون لقوم آخرين لم يأتوك يحرفون الكلم من بعد مواضعه ، يقولون ان أوتيتم هذا فخذوه وان لم تؤتوه فاحذروا ، ومن يرد الله فتنته فلن تملك له من الله شيئا ، أولئك الذين لم يرد الله أن يطهر قلوبهم ، لهم في الدنيا خزي ولهم في الآخرة عذاب عظيم » — ٧٥ — وقوله : « فلا تخشوا الناس واخشون ، ولا تشتروا بآياتي ثمنا قليلا ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون » [المائدة : ٤١ ، ٤٤] •

وقوله : « ان الذين يكفرون بالله ورسله ، ويريدون أن يفرقوا بين الله ورسله ، ويقولون نؤمن ببعض ونكفر ببعض ، ويريدون أ ان يتخذوا بين ذلك سبيلا ، أولئك هم الكافرون حقا » [النساء : ١٥٠] •

وقوله : « وأنزلنا اليك الكتاب بالحق مصدقا لما بين يديه من الكتاب

---

٧٤ — تقريب الاستدلال بهذه الآية المباركة أن كتمان الكتاب بمعنى كتمان احكامه ، ولا فرق في الحرمة بين كتمان جميع الاحكام أو بعضها فتكون الآية المباركة دليلا على ما يذكره المصنف •

٧٥ — ان المستفاد من قوله سبحانه وتعالى في هذه الآية المباركة ان أوتيتم هذا فخذوه ، وان لم تُؤْتَوْهُ فاحذروا ، هو الايمان ببعض الكتاب دون بعض ، والآية الكريمة صريحة في كفر من يقول ذلك وخروجه عن الاسلام ، واما الآية التي بعدها فهي صريحة في كفر من يؤمن ببعض الكتاب دون بعض •

ومهيمنا عليه فاحكم بينهم بما أنزل الله ، ولا تتبع أهواءهم عما جاءك من الحق ، لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا ، ولو شاء الله لجعلكم أمة واحدة، ولكن ليبلوكم فيما آتاكم ، فاستبقوا الخيرات ، الى الله مرجعكم فينبئكم بما كنتم فيه تختلفون • وأن احكم بينهم بما أنزل الله ، ولا تتبع أهواءهم واحذرهم أن يفتنوك عن بعض ما أنزل الله اليك ، فان تولوا فاعلم انما يريد الله أن يصيبهم ببعض ذنوبهم ، وان كثيرا من الناس لفاسقون • أفحكم الجاهلية يبتغون ومن أحسن من الله حكما لقوم يوقنون » — ٧٦ — [المائدة : ٤٨ ، ٥٠] •

وقوله : « يا أيها الرسول بلغ ما أنزل اليك من ربك ، وان لم تفعل فما بلغت رسالته ، والله يعصمك من الناس ، وان الله لا يهدي القوم الكافرين • قل يا أهل الكتاب لستم على شيء حتى تقيموا التوراة والانجيل وما أنزل اليكم من ربكم ، وليزيدن كثيرا منهم ما أنزل اليك من ربك طغيانا وكفرا فلا تأس على القوم الكافرين » — ٧٧ — [المائدة : ٦٧ ، ٦٨] •

وقوله : « وما أرسلنا من رسول الا ليطاع باذن الله، ولو أنهم اذ ظلموا أنفسهم جاءوك فاستغفروا الله واستغفر لهم الرسول لوجدوا الله توابا رحيما•

٧٦ — ان قوله سبحانه في هذه الآية المباركة (واحذرهم ان يفتنوك عن بعض ما أنزل الله اليك) صريح في حرمة انكار بعض ما أنزل الله •

٧٧ — الآية المباركة لا يستفاد منها حرمة الايمان ببعض الكتاب دون بعض، وانما يستفاد وجوب تبليغ ما أنزل الله ، وانه يجب على أهل الكتاب تطبيق التوراة والانجيل وكذا الآية الأخيرة فانه لا يستفاد منها ما أراده المصنف ، وانما هي تأمر بلزوم اطاعة الله والاستغفار والمحاكمة الى الرسول •

... يؤمنون حتى يحكموك فيما شَجَرَ بينهم ، ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما » [النساء : ٦٤ ، ٦٥] .

١٢٢ ـ ميزات الشريعة :

وتمتاز الشريعة الاسلامية عن الشرائع الوضعية بميزات عظيمة هي أن حكامها شرعت للدنيا والآخرة . وهذا هو السبب الوحيد الذي يحمل معتنقيها على طاعتها في السر والعلن والسراء والضراء ، لأنهم يؤمنون بأن الطاعة نوع من العبادة يقربهم الى الله ، وأنهم يثابون على هذه الطاعة ، ومن استطاع منهم أن يرتكب جريمة ويتفادى العقاب الدنيوي فانه لا يرتكبها مخافة العقاب لأخروي وغضب الله عليه .

والشريعة تلزم معتنقيها أن يتخلقوا بالاخلاق الفاضلة ، ومن تخلق الاخلاق الفاضلة ندر ان يرتكب جريمة ، وهم بعد ذلك يعلمون ان الله رقيب لبهم ، ومطلع على أعمالهم ، وانهم مهما استخفوا من الناس فلن يستخفوا ن الله وهو معهم أينما كانوا ، وكل ذلك مما يدعو الى قلة الجرائم ، وحفظ لأمن وصيانة نظام الجماعة ومصالحها العامة ، بعكس الحال في القوانين وضعية فانها ليس لها في نفوس من تطبق عليهم ما يحملهم على طاعتها ، هم لا يطيعونها الا بقدر ما يخشون من الوقوع تحت طائلتها ، ومن استطاع ، يرتكب جريمة ما ، وهو آمن من سطوة القانون فليس ثمة ما يمنعه ن ارتكابها من خلق أو دين ، ولذلك تزداد الجرائم زيادة مطردة في البلاد ني تطبق القوانين الوضعية ، وتضعف الاخلاق ويكثر المجرمون من الطبقات ستنيرة ، تبعا لزيادة الفساد الخلقي في هذه الطبقة ، ولقدرة أفرادها على هرب من سلطان القانون .

وتفرض الشريعة على معتنقيها أن يؤمنوا بأنها من عند الله ، وانها أصلح نظام وأعدله ، ومن ثم فهم لا يعدلون بها نظاماً آخر — ٧٨ — ، ويترتب على هذا أن لا تجد مؤمنا بالدين الاسلامي يرضى بأي نظام مخالف له أو خارج عليه ، كالشيوعية وما أشبه ، بينما تجد من تطبق عليهم القوانين الوضعية يقيسون الأنظمة بمقياس المصلحة المادية العاجلة ، فيستشرفون الى كل نظام جديد ، ويتطلعون الى الاخذ بكل ما يرونه أفضل من نظامهم أو مما يمكنهم من الجاه والمال والسلطان ، ومن ثم يعيشون غير مستقرين على مبدأ ولا نظام .

فمزج الشريعة بين أحكام الدنيا والدين وايمان المسلمين بها ضمن للشريعة الاستمرار والثبات ، وبث في المحكومين روح الطاعة والرضا ، ودعاهم الى التخلق بالاخلاق الكريمة وجعل للشريعة قوة في الردع ليست لأي قانون وضعي آخر مهما أحكم وضعه وأحسن تطبيقه وتنفيذه .

---

٧٨ — ويطبقون أحكامها مختارين حبا لها واعجابا بها ورجاء لما يترتب على امتثالها من فوائد في الدنيا وثواب في الآخرة وحذرا مما يترتب على مخالفتها من مفاسد في الدنيا وعقاب في الآخرة .

الفرع الثاني

السـنة

١٢٣ ـ تعريف السنة :

هي ما أثر عن الرسول صلى الله عليه وسلم من قول أو فعل أو تقرير. فالسنة على ثلاثة أنواع : سنة قولية ، وسنة فعلية ، وسنة تقريريه .

أولا ـ السنة القولية : هي أحاديث الرسول التي قالها في مختلف المناسبات مثل قوله « لا يحل قتل امرىء مسلم الا باحدى ثلاث : كفر بعد ايمان ، أو زنا بعد احصان ، أو قتل نفس بدون نفس » وكقوله « من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين : ان أحبوا قتلوا ، وان أحبوا أخذوا العقل » وكقوله في عقوبة الزاني الذي لم يحصن : « البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام » وكقوله : « لا قطع في ثمر معلق ، ولا في حريسة الجبل فان آواه المراح أو الجرين فالقطع فيما تلغ ثمن المجن » وقوله : « من شرب الخمر فاجلدوه ، ثم ان شرب فاجلدوه » .

ثانيا ـ السنة الفعلية : ـ هي أفعاله صلى الله عليه وسلم مثل قضائه بالعقوبة في الزنا بعد الاقرار ، وقطعه اليد اليمنى في السرقة ، وقضائه بشاهد واحد ويمين المدعي .

ثالثا ـ السنة التقريرية : هي ما صدر عن بعض أصحاب الرسول من أقوال أو أفعال أقرها الرسول صلى الله عليه وسلم بسكوته وعدم انكاره ، أو بموافقته واظهار استحسانه ، فيعتبر عمل الصحابي أو قوله بعد أن أقره

الرسول كأنه صادر من الرسول نفسه ، ومثل ذلك ان النبي لما بعث معاذا الى اليمن سأله بم تقضي ؟ قال أقضي بكتاب الله ، فان لم أجد فبسنة رسول الله ، فان لم أجد أجتهد رأيي فأقره الرسول على ذلك حيث قال : « الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله الى ما يرضي رسول الله » — ٧٩ — •

١٢٤ — مركز السنة من القرآن :

القرآن هو المصدر الاول للتشريع الاسلامي ، وأساس هذا التشريع ، والسنة هي المصدر الثاني ، وتلي القرآن في المرتبة • وأحكام السنة من الناحية التشريعية لا تعدو أن تكون واحدا من ثلاثة : —

الأول — فهي اما أن تكون سنة تقرر وتؤكد حكما جاء به القرآن •

٧٩ — لا يثبت فقهاء المذهب الجعفري على هذا الحديث لعدم ثبوت اعتباره عندهم لارساله ، لان الراوي للحديث الحارث بن عمرو لم ينقل عمن أخذ منه الحديث ، والحارث ضعيف لم يوثقه احد من علماء الرجال ، ويشهد لضعف هذه الرواية أن الحورقاني ذكر هذه الرواية في الموضوعات وقال انه حديث باطل ، هذا مع انه معارض بحديث آخر في نفس الواقعة جاء فيه أن النبي (ص) قال له : لاتقضين ، ولاتفصلن الا بما تعلم ، وان أشكل عليك أمر فقف حتى تتبينه ، وكلا الحديثين في واقعة واحدة ، فلا يمكن الاعتماد على أي منهما ولا يرى علماء المذهب الجعفري صحة الاعتماد على الرأي في مسألة لا دليل فيها ، والاجتهاد المعتبر عندهم انما هو في فهم الحديث الشرعي من أدلته ولعله المراد من قول معاذ ، اجتهد رائي أي اجتهد رائي في فهم الحكم الشرعي من أدلته •

فيكون الحكم مرجعه القرآن والسنة معا ، كتحريم القتل بغير حق ، وشهادة الزور، والسرقة وغير ذلك من الاوامر والنواهي التي جاء بها القرآن والسنة.

الثاني — واما ان تكون سنة مفصلة مفسرة حكما جاء به القرآن مجملا أو مقيدة ما جاء في القرآن مطلقا ، أو مخصصة ما جاء فيه عاما ، فيكون هذا التفسير أو التقييد أو التخصيص الذي جاءت به السنة بيانا للمقصود من الحكم الذي جاء به القرآن ، لان الله جعل لرسوله حق البيان لنصوص القرآن بقوله : « وأنزلنا اليك الذكر لتبين للناس ما نزل اليهم » [سورة النحل : ٤٤] فالسنة هي التي فصلت كيفية اقامة الصلاة والحج وايتاء الزكاة ، لان القرآن أمر باقامة الصلاة ، وايتاء الزكاة ، وحج البيت ، ولم يبين عدد الركعات ، ولا كيفية الصلاة ، ولا مقادير الزكاة ، ولا مناسك الحج.

والسنة هي التي قيدت وخصصت كثيرا من أحكام القرآن ، فنصوص القرآن أحلت البيع وحرمت الربا ، والسنة هي التي بينت بيوع الربا ، ونصوص القرآن حرمت الميتة والدم ، والسنة قيدت هذا الاطلاق ، وخصصت التحريم وبينت ما يحل من أنواع الميتة والدم ، ونصوص القرآن جعلت الميراث للأولاد والسنة منعت ميراث القاتل ، والقرآن يعاقب السارق والسارقة بالقطع ، والسنة منعت القطع الا في ربع دينار فصاعدا ، ومنعت القطع الا في السرقة من حرز.

الثالث — واما أن تكون سنة مثبتة حكما سكت عنه القرآن ، فيكون الحكم اساسه السنة وليس له دليل في القرآن كقول الرسول : « لا تنكح المرأة على عمتها ولا خالتها » — ٨٠ — وكقوله في تحريم الذهب والفضة:

---

٨٠ — الرأي السائد بين فقهاء المذهب الجعفري هو اختصاص الحكم بما اذا لم تأذن العمة والخالة ، واستندوا في ذلك الى اخبار معتبرة منها

« هذان حرامان على رجال أمتي حلالان لنسائها » وكقوله : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » •

١٢٥ ـ أنواع السنة بحسب روايتها :

تنقسم السنة بحسب روايتها ثلاثة أقسام :

أ ـ سنة متواترة • ب ـ سنة مشهورة • جـ ـ سنة آحاد •

(أ) السنة المتواترة : هي ما رواه عن رسول الله جمع يمتنع عادة أن يتواطأ أفراده على كذب ، لكثرتهم وأمانتهم ، ثم رواه عن الجمع جمع مثله، وعن هذا الجمع جمع آخر ، وهكذا حتى وصلت الينا بسند كل طبقة من رواته • جمع لا يتفقون على كذب من مبدأ التلقي عن الرسول حتى وصلت السنة الينا • ومن هذا القسم السنن العملية في أداء الصلاة والصوم وغير ذلك من شعائر الدين التي تلقاها المسلمون جموعا عن الرسول ، ولقنوها جموعا أخر دون خلاف عليها مع اختلاف الاعصار وتباعد الامصار •

(ب) السنة المشهورة : هي ما رواها عن الرسول صحابي أو أكثر دون أن يبلغ الرواة حد التواتر ، ثم نقلها من الراوي أو الرواة جمع من جموع التواتر وتناقلها عن هذا الجمع جموع أخر حتى وصلت الينا بسند أول طبقة

ما روي عن الامام محمد بن علي الباقر (ع) انه قال : انما نهى رسول الله عن تزويج المرأة على عمتها وخالتها اجلالا للعمة والخالة فاذا أذنت في ذلك فلا بأس •

وهذه الرواية تكون مفسرة للرواية التي أشار اليها المؤلف ومخصصة لها بصورة عدم اذن العمة والخالة •

فيه فرد أو أفراد لا يبلغون حد التواتر ، وباقي طبقاته من جموع التواتر ، ومن هـــذا القسم ما رواه عمر بن الخطاب وابن مسعود وغيرهمـــا من الصحابة — ٨١ — .

(جـ) سنة الآحاد — ٨٢ — : هي ما رواها عن الرسول آحاد أو جمع لم يبلغ حد التواتر وتناقلها عن هؤلاء أمثالهم من الآحاد أو الجموع التي لا تبلغ حد التواتر حتى وصلت الينا بسند طبقات الرواة فيه آحاد أو جموع لا تبلغ حد التواتر ، ومن هذا القسم معظم الاحاديث .

١٢٦ ـ هل السنن قطعية او ظنية :

السنة المتواترة قطعية الورود عن الرسول لان تواتر النقل يفيد ألجزم بصدق الرواة ، والسنة المشهورة قطعية الورود عن الصحابي الذي نقلها عن

---

٨١ — ليس من قسم المتواتر جميع ما روياه ، وانما هو خصوص ما تواتر عنهما في جميع الطبقات .

٨٢ — ويمكن تقسيم هذا القسم الى قسمين :

الاول : ما رواه عن النبي (ص) جماعة لم تبلغ حد التواتر ، ورواه عنهم مثلهم في كل طبقة حتى وصل الينا ، ولنسميها بالسنة المستفيظة .

الثاني : ما لم يبلغ الاستفاظة في جميـــع الطبقات أو في بعضها ولنسميها سنة الآحاد .

ويمكن تقسيم كل منهما الى قسمين :

الاول : ما كان محفوفا بقرائن تشهد بصحته .

الثاني : ما لم يكن كذلك .

الرسول ، وليست قطعية الورود عن الرسول ، لان من تلقاها عن الرسول ليس جمعا من جموع التواتر ، ولان من تلقاها عن الصحابي جمع من جموع التواتر ، وسنة الآحاد ظنية الورود عن الرسول .

والسنن جميعا قد تكون قطعية الدلالة ، وهذا اذا كانت لا تحتمل تأويلا ، وقد تكون ظنية الدلالة ، وهذا اذا كانت تحتمل التأويل .

١٢٧ ـ حجية السنة :

لا خلاف في ان أقوال الرسول وأفعاله وتقاريره التي قصد بها التشريع ونقلت الينا بسند صحيح يفيد القطع أو الظن الراجح ـ تعتبر حجة ملزمة للمسلمين ، ومصدرا تشريعيا واجب الاتباع سواء كانت قطعية الورود ، فالسنة المتواترة واجبة الاتباع ، لان ورودها عن الرسول مقطوع به ، والسنة المشهورة وسنة الآحاد واجبة الاتباع ـ وان كانت ظنية الورود عن الرسول ؛ لان هذا الظن راجح ـ ٨٣ ـ بما توفر في الرواة من العدالة والاتقان .

---

٨٣ ـ لا يعتمد فقهاء المذهب الجعفري على الظن وان كان راجحا مالم يقم على اعتباره دليل بالخصوص ، لنهيه سبحانه وتعالى عن الظن في كتابه فقد قال سبحانه في سورة الانعام ١١٦ ، وفي سورة يونس ٦٦ (ان يتبعون الا الظن وان هم الا يخرصون) ، ولقد قال سبحانه وتعالى في سورة النجم (وما لهم به من علم ، ان يتبعون الا الظن وان الظن لايغني عن الحق شيئا) ، كما نهى الله سبحانه عن الاعتماد على غير العلم ، فقد قال تعالى في سورة الاعراف ٣٣ (قل انما حرم ربي الفواحش ما ظهر منها وما بطن ، والاثم والبغي وان يشركوا بالله مالم ينزل به سلطانا ، وان تقولوا على الله ما لا تعلمون) ، وقال سبحانه في سورة يونس ٥٩ (قل أالله أذن لكم أم على الله تفترون) .

وقد اعتبرت أحكام السنة ملزمة واجبة الاتباع لان القرآن جعلها كذلك - ٨٤ - ، فالله تعالى يقول : « يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم ، فان تنازعتم في شيء فردوه الى الله والرسول » [النساء : ٥٩] ويقول : « واذا جاءهم أمر من الأمن أو الخوف أذاعوا به ، ولو ردُّوه الى الرسول والى أولي الأمر منهم لعلمه الذين يستنبطونه منهم » [النساء : ٨٣] ويقول : « ومن يطع الرسول فقد أطاع الله » [النساء : ٨٠] ويقول : « وما أرسلنا من رسول الا ليُطَاع باذن الله » [النساء : ٦٤] ويقول : « قل أطيعوا الله والرسول» [آل عمران : ٣٢] ويقول : « قل ان كنتم تحبون الله فاتبعوني يحببكم الله » [آل عمران : ٣١] ويقول : « وما كان لمؤمن ولا مؤمنة اذا قضى الله ورسوله أمرا أن يكون لهم الخِيرَةُ من أمرهم » [الاحزاب : ٣٦] ويقول : « وما أتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا » [الحشر:٧].

فالسنة اذن تشريع واجب الاتباع بنص القرآن ، وقد أجمع الصحابة في حياة الرسول وبعد وفاته على وجوب اتباع سنته ، فكانوا في حياته يمضون أحكامه ، ويمتثلون أمره ونهيه ، يحلون ما أحل ، ويحرمون ما حرم ، وبعد وفاته كانوا اذا لم يجدوا في القرآن حكم أي واقعة نزلت بهم سألوا عن سنة الرسول فيها ، وكان ابو بكر اذا لم يحفظ سنة في واقعة ما ، خرج ينشد المسلمين أيهم يحفظ سنة عن النبي في تلك الواقعة ، كذلك كان يفعل

---

٨٤ - ان اعتبار السنة من لوازم الايمان بنبوة النبي (ص) وعصمته ، أما الآيات التي سيذكرها المصنف فان أكثرها مختصة بالسنة القولية ولا يشمل شيء منها السنة بمعنى التقدير .

عمر وغيره من الصحابة والتابعين — ٨٥ — •

١٢٨ — هل تعتبر كل أقوال الرسول وأفعاله تشريعا ؟ :

أفعال الرسول وأقواله على أنواع : فمنها ما صدر منه باعتباره بشرا كالقيام والقعود والاكل والشرب، ومثل هذه الافعال لا تعتبر تشريعا — ٨٦ — لأنها صدرت عن الرسول بمقتضى بشريته وليست جزءا من رسالته •

وبعض الافعال صدر عن الرسول ودل الدليل على أنها من خصائصه لا يشاركه فيها أحد ، كالزواج بأكثر من أربعة — ٨٧ — ، ودخول مكة بغير احرام ، والوصال في الصوم ، وهذه أيضا لا تعتبر تشريعا ، لانها خاصة بالرسول فلا يشاركه فيها غيره •

وبعض الأفعال صدر عن الرسول وأساسه خبرته الخاصة بالشؤون

٨٥ — مر عليك قريبا أن فقهاء المذهب الجعفري لا يستندون الا الى فعل المعصوم ولا يحتجون بفعل غيره ، وان كان صاحبيا فلا يمكن الاستدلال بعمل أبي بكر وعمر اذ لم يدع أحد من المسلمين العصمة لهما •

٨٦ — ولكنها تصلح دليلا على الجواز •

٨٧ — لم يتزوج النبي (ص) بعد أن نزلت الآية المباركة بتحديد الزواج بأربعة ، وانما كان زواجه بجميع نسائه قبل ذلك ، والشيء الذي خص الله به نبيه هو أنه أباح لنبيه (ص) الابقاء على جميع نسائه وألزم من كان عنده من المسلمين اكثر من اربعة ان يقتصر على الاربعة، وذلك لان نسائه (ص) أمهات المؤمنين ، فلا يجوز لهن التزوج بسواه ولا يجوز لغيره التزوج بهن ، فلو فارقهن (ص) لشق ذلك عليهن وقد لا يجدون من يعول بهن لا سيما مع وجود أولاد لهن •

الدنيوية ، كالاتجار والزراعة وتنظيم الجيوش ، وهذه الافعال وأمثالها ليست تشريعا أيضا ، لأن مبناها الخبرة الشخصية ، والرسول نفسه كان لا يعتبر هذه الافعال تشريعا ، فقد أشار على بعض الصحابة بتأبير النخل على وجه خاص فلم يصلح النخل به — ٨٨ — ، فعدل عن رأيه وقال : « أنتم أعلم بأمور دنياكم » وفي موقعة بدر أراد ان ينزل بالجيش في مكان معين ، فقال له أحد اصحابه : أهذا منزل أنزلكه الله ، أم هو الرأي والحرب والمكيدة ؟ قال : « بل هو الرأي والحرب والمكيدة » فأشار الصحابي بانزال الجنود في مكان آخر لاسباب بينها فأخذ الرسول بمشورته .

أما الأقوال والافعال التي صدرت عن الرسول بقصد البيان والتعليم والارشاد فهي تشريع ملزم ، ومثل ذلك قوله : « صلوا كما رأيتموني أصلي »

٨٨ — ان اشارة النبي (ص) بتأبير النخل وان لم يكن تشريعا الا أنه (ص) الانسان الكامل فلا يشير الا بما هو نافع ، لأنه (ص) لا يخفى عليه ما هو الصلاح ولو كان لا يعلم ما هو الصلاح فلم يكن يشير بتأبير النخل .

اما الرواية المذكورة فلا يمكن الاعتماد عليها لعدم ثبوت اعتبارها ولو سلمنا اعتبارها سندا فلا يمكن الاعتماد عليها لانها تنسب النقص اليه (ص) .

وأما الرواية الثانية فانه اذا ثبت اعتبارها فان عدوله عن المكان الذي كان فيه ليس لانه ظهر لديه فساد رأيه لما أشرنا اليه قريبا من عدم امكان ذلك لكونه (ص) منزه عن النقص وانما هو مجاراة لاصحابه تشجيعا لهم على الحرب وتقوية لروح المفادات فيهم .

وقوله: « خذوا عني مناسككم » وكقطعه يد السارق اليمنى من الكوع —٨٩— بيانا لقوله تعالى: « فاقطعوا أيديهما » وكأمره بدفن المرجوم والصلاة عليه حينما سئل عن ماعز فقال: « افعلوا به كما تفعلون بموتاكم » وكاختياره سوطا لا هو بالشديد ولا هو باللين حينما أراد اقامة الحد ، ومثل ذلك أيضا ما روي عنه من أن أم سلمة سألته عن قبلة الصائم ، فقال لها: « لم لم تقولي لهم اني أقبل وأنا صائم ! » ولما سألته عن بل الشعر في الاغتسال قال: « أما أنا فيكفيني أن احثو على رأسي ثلاث حثيات من ماء » ولقد اختلف الصحابة في الغسل من غير انزال فأنفذ عمر الى عائشة رضي الله عنها وسألها عن ذلك ، فقالت: فعلته أنا ورسول الله واغتسلنا .

---

(٨٩) الرأي السائد عند فقهاء المذهب الجعفري هو لزوم القطع من رؤوس الأصابع تبعا لسيرة أمير المؤمنين (ع) الثابتة عندهم بالاخبار المعتبرة ويروي سيرة أمير المؤمنين هذه الشافعي في الجزء السابع من كتاب الام ص ١٨٢ ، ويشهد لصحة قولهم قوله سبحانه وتعالى في سورة الجن ١٨ (وأن المساجد لله فلا تدعوا مع الله احدا) ، بناء على ما صرح به بعض المفسرين من أن المراد بالمساجد هنا المساجد السبعة التي يجب السجود عليها ومنها الكف ولما كانت الأكف لله فكيف تقطع ياترى .

واما ما نقله المصنف عن سيرة النبي (ص) من قطع اليد من الكوع فلم يثبت عند فقهاء المذهب الجعفري بل الثابت خلافه ، لان الثابت من سيرة امير المؤمنين قطع الاصابع كما مر آنفا ، ولم يكن امير المؤمنين ليخالف سيرة رسول الله (ص) ، ولم يختص فقهاء المذهب الجعفري بهذا الرأي بل وافقهم على هذا القول جمع من غيرهم كما صرح بذلك ابن رشد في كتابه بداية المجتهد .

فأخذ عمر الناس بذلك وكان عمر يقبل الحجر الاسود في طوافه ويقول : اني أعلم انك حجر لا تضر ولا تنفع ، ولولا أني رأيت رسول الله يقبلك ما قبلتك • ولولا ان فعل رسول الله وقوله متبع لما أخذ الصحابة بفعله وقوله — ٩٠ — •

(٩٠) ان من لوازم الايمان والاسلام لزوم اتباع رسول الله في جميع أقواله وأفعاله ولا يحتاج الى الاستناد الى عمل الصحابة •

ثم ان ما صدر منه (ص) بقصد تعليم الامور اللازمة وبيانها فيلزم على المسلمين اتباعه ، وما صدر منه (ص) بقصد بيان الأمور المستحبة وتعليمها ، فيستحب اتباعه والاقتداء به •

واما لو أشكل الامر ولم يعلم انه (ص) كان قاصدا بيان الامور الواجبة أو قاصدا بيان الامور المستحبة ، فان أمر (ص) باتباعه في فعله والاقتداء به كما في قوله (ص) : صلوا كما رأيتموني أصلي ، وحجوا كما رأيتموني أحج ، فيجب حينئذ اتباعه والسير على خطاه ، وأما في مقام لم يأمر (ص) باتباع فعله ، ولم يعلم مراده بيان الفعل الواجب أو المستحب ، فلا يثبت بفعله الوجوب ولا يثبت اكثر من رجحان الفعل الذي أتى به ، لانه (ص) كما كان يأتي بالواجبات كان يأتي بالمستحبات •

الفرع الثالث

الاجمـــاع

١٢٩ ـ تعريف الاجماع :

الإجماع هو اتفاق جميع المجتهدين من الامة الاسلامية في عصر من العصور بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم على حكم شرعي — ٩١ —.

١٣٠ ـ حجية الاجماع :

اذا اتفق جميع المجتهدين في الامة الاسلامية متفرقين أو مجتمعين على حكم واقعة من الوقائع كان هذا الحكم المتفق عليه واجب الاتباع ، واعتبر الإجماع دليلا قطعيا على الحكم — ٩٢ — ، اما اذا كان الرأي صادرا من

(٩١) كما فسره به بعضهم ، او اتفاق جميع الأمة كما عن آبر ، او اتفاق أهل الحل والعقد كما عن ثالث ، أو اتفاق أهل الحرمين كما عن رابع او اتفاق أهل المصرين البصرة والكوفة كما عن خامس ، وعن مالك انه اتفاق أهل المدينة وربما ذهب بعضهم الى انه اتفاق الشيخين أو الخلفاء الاربعة ، وفي بعض المذاهب الاسلامية فسر الاجماع بانه اتفاق خصوص مجتهديهم ، الى ما هنالك من أقوال في بيان تحقيق موضوع الاجماع ، واما عند الشيعة الامامية فالاجماع المعتبر عندهم هو اتفاق جماعة يكشف اتفاقهم عن رأي امام معصوم قلت هذه الجماعة أو كثرت .

(٩٢) الاجماع وان وصف بالحجية في لسان جميع المذاهب في الاسلام ،

اكثرية المجتهدين فانه يعتبر دليلا ظنيا ، ويجوز للأفراد اتباعه ويجوز للمجتهدين ان يروا خلافه ، ما لم ير ولي الأمر ان يوجب اتباعه فيصبح في هذه الحالة واجب الاتباع — ٩٣ — .

الا ان حجيته بنظر فقهاء المذهب الجعفري متقومة بكشفه عن رأي المعصوم كما مرت الاشارة اليه ولا يشترط في حجيته اجتماع المجتهدين في عصر واحد فضلا عن جميع العصور بل الشرط عندهم اجتماع جماعة يكشف اجماعهم عن رأي معصوم من نبي أو امام .

(٩٣) المراد بولي الامر رئيس الدولة الاسلامية بحق، ورئيس الدولة بعد انتهاء عهد النبوة الزاهر هو الامام المعصوم مع وجوده ، واما مع غيبته كما في أيامنا الحاضرة فهو الحاكم العادل الذي تنتخبه الامة الاسلامية ويأخذ دستوره من الاسلام وشريعته وقرآنه ، فان كان ولي الامر هو الامام فلا مجال للاجتهاد المعارض له لان كلامه نص شرعي ولا اجتهاد في قبال النص .

هذا اذا أمر الامام بامر لكونه هو الحكم الواقعي وأما اذا حكم عليه السلام بحكم مؤقت الزامي اقتضته المصلحة العامة في وقت خاص مع تصريحه بعدم كونه حكما الزاميا دائميا ومثاله : لو اقتضت المصلحة الاسلامية بمنع السفر الى بعض البلاد الكافرة في زمان خاص مع تصريحه (ع) بان نهيه (ع) ليس لحرمته في الشريعة الاسلامية وانما نهى عنه وفقا للمصلحة التي تقتضي النهي عنه مؤقتا فانه لا مانع من اختلاف المجتهدين والحال هذه في حكم المسألة في الشريعة الاسلامية وهل هو الاباحة أو الكراهة او الاستحباب مع العلم بعدم الحرمة واقعا وانه لازم الترك في الظرف الذي نهى عنه الامام اطاعة لامره (ع).

١٣١ — الأساس التشريعي للاجماع :

اساس الاجماع هو القرآن والسنة فالاجتهاد لا يقوم على التحكم وانما يقوم على مبادىء الشريعة العامة وروحها فيما لم يرد فيه نص صريح في القرآن أو السنة — ٩٤ — واتفاق المجتهدين على حكم معين قاطع في موافقة هذا الحكم لمبادىء الشريعة العامة وروح التشريع فيها، لان اجتماعهم على حكم واحد مع اختلاف الاقطار والبيئات والمذاهب دليل على ان وحدة الحق هي التي جمعتهم — ٩٥ — .

واما اذا لم يكن رئيس الدولة هو الامام المعصوم فلا يمنع امره بترك شيء ، اختلاف المجتهدين في تلك المسألة ، وان كان الرأي الذي يجب تطبيقه ظاهرا والعمل على وفقه هو ما أمر به رئيس الدولة الاسلامية .

(٩٤) الرأي السائد عند فقهاء المذهب الجعفري عدم اعتبار الاجماع في مورد فيه نص موافق للاجماع ، لان الاجماع الموافق للنص لا يكون كاشفا عن رأي الامام لاحتمال استناد المجتمعين الى النص ، ولا يمكن تحقيق اجماع مخالف لنص قطعي في الكتاب أو السنة القطعية ، اذ لا يتصور اجماع المجتهدين على رأي مخالف للنص القطعي .

(٩٥) ليت شعري كيف يكون اجتماع جماعة من الناس على رأي يكون دليلا على الحكم وليس فيهم معصوم مأمون من الغلط وكيف يعلم أن وحدة الحق هي التي جمعتهم ، اذ لعل اتفاقهم كان بدافع العادة أو العقيدة أو الانفعالات النفسية أو كان ذهابهم الى هذا الرأي لشبهة عرضت لهم أو نحو ذلك من الاسباب التي يحتمل ان تكون هي السبب لاتفاقهم اذا لم يكن فيهم معصوم لا يحتمل فيه ذلك ولا يكون اجماعهم

وقد دعا القرآن والسنة الى اعتبار الاجماع تشريعا ملزما ، فقوة الالزام في الاجماع واعتباره مصدرا تشريعيا مرده الى نصوص القرآن ونصوص السنة •

القرآن : فأما القرآن فقد قال الله تعالى : « يا ايها الذين آمنوا اطيعوا

كاشفا عن رأي الامام (ع) وكيف يمكننا ان نحكم بأن ما اجمعوا عليه هو الحق ولو أن اتفاق جماعة من الناس بما هو اتفاق كيفما كانوا بأي دافع ، كان حجة ودليلا لوجب أن يكون اتفاق الامم الاخرى غير المسلمة أيضا حجة ودليلا ، ولا يقول بذلك أي فقيه يرى حجية الاجماع •

واما ما ذكره الطوفي في كتابه مصادر التشريع من الاستدلال على حجية الاجماع بقوله ان الجمع الغفير مع استفراغ الوسع في الاجتهاد وامعان النظر في طلب الحكم يمتنع في العادة اتفاقهم على الخطأ فقد أشكل عليه بالنقض باجماع اليهود والنصارى وسائر أهل الملل على ضلالتهم مع كثرتهم وفضلهم واجتهادهم وامعانهم في النظر •

اما حل هذا البرهان فتقريبه انه لا استبعاد في اتفاقهم على الخطأ وما أكثر ما يقع الاشتباه في الامور الحدسية والبرهانية وكم اتفق الفلاسفة على أمر برهاني ثم انكشف خطأه بعد ذلك ، وتاريخ العلماء مليء بذلك فلا يكون الاجماع دليلا شرعيا الا اذا كان كاشفا عن رأي الامام المعصوم وذلك فيما اذا كان المجمعون علماء الشيعة الامامية لان اجماع غيرهم لا يكشف عن رأي المعصوم ويشترط في كشفه عن رأي المعصوم الذي هو ملاك حجيته أن لا تكون المسألة عقلية لان اتفاقهم على مسألة عقلية يحتمل استنادهم الى براهين عقلية لا الى رأي المعصوم كما يشترط في حجية الاجماع ان لا تكون المسألة موافقة

الله واطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم » [النساء : ٥٩] ومن المتفق عليه — ٩٦ — ان أولي الأمر في هذه الآية مقصود بهم الحكام والعلماء معا ، فكل منهم ولي أمر في عمله ، فاذا أجمع العلماء على حكم وجب اتباعه؛ لان طاعتهم واجبة بنص القرآن ، كذلك قال الله تعالى : « ولو ردوه الى الرسول والى أولي الأمر منهم لعلمه الذين يستنبطونه منهم »[النساء : ٨٣] والمقصود بأولي الأمر في هذه الآية العلماء .

للاحتياط فان اتفاقهم على رأي موافق للاحتياط يحتمل أن يكون لاجل الاحتياط .

فاذا اتفق مجتهد والطائفة الشيعية بالشرائط التي ذكرناها آنفا فان اتفاقهم يكون كاشفا عن دليل قطعي وصل اليهم من امامهم. فالاعتماد على ذلك الدليل والاجماع كاشف عنه ومبين له ، وقد اختلفت آراء فقهاء المذهب الجعفري في الاتفاق الذي يكون كاشفا عن رأي المعصوم فقد يكون اتفاق جماعة من العلماء دليلاً بنظر فقيه لكونه كاشفا بنظره عن رأي الامام ولا يكون كاشفا بنظر فقيه آخر اذ لا يحصل له العلم باستنادهم الى دليل قطعي من الامام .

(٩٦) بل الرأي السائد بين المفسرين ان المراد بأولي ألامر في ألآيتين المباركتين ، الامراء الذين يقتضي حفظ النظام طاعتهم وامتثال أوامرهم وقد اختلف المفسرون فيما بينهم في ان المراد بأولي الامر ، هل هو كل من يلي أمر المسلمين أم خصوص الذين جعلهم الله أولي الامر وأوكل اليهم أمر الامة ؟ .

الرأي السائد عند أهل السنة هو الاول ، والرأي السائد بين الشيعة هو الثاني استنادا الى اخبار معتبرة عندهم ورد بعضها من طرق علماء

السنة : أما السنة فجعلت رأي الجماعة صوابا خالصا بعيدا عن الخطأ واعتبرت الرأي المجمع عليه حسنا عند الله ، فقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا تجتمع أمتي على خطأ » وقال : « لم يكن الله ليجمع أمتي على ضلالة » وقال : « ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن » —٩٧— .

١٣٢ — الاجماع مصدر القوانين واللوائح والقرارات :

القوانين الجنائية هي النصوص التي تصدرها السلطات المختصة بسن القوانين بغض النظر عن شكل الحكومة الدستوري ، وهـــذه النصوص

الشيعة وبعضها من طرق حفاظ السنة ، وقد ذكرت الاخيرة في كتاب ينابيع المودة من ص ١١٤ الى ص ١١٧ ولم يفسر أولي الامر بالعلماء الا شاذ من المفسرين ولم أجد من فسرها بالعلماء والامراء معا ولو سلم ان المراد بأولي الامر العلماء والامراء فلا تكون دليلا على حجية الاجماع لأن ظاهر الآية المباركة ان الله سبحانه أمر غير أولي الامر باطاعة أولي الامر فاذا كان المراد منهم العلماء فيكون معنى الآية أمر الجهال باطاعـــة امر العلماء لا ان اجماع العلماء يكون حجة على من يأتي بعدهم من العلماء كما يشهد لذلك أن المراد اطاعة أمر كل فرد من أولي الامر ولا يشترط اجماعهم ، فاذا كان المراد العلماء وان الامر باطاعة العلماء يشمل حتى العلماء فان لازم ذلك أنه يجب على العلماء اطاعة أي عالم كان، ولم يذهب فقيه الى ذلك .

(٧٩) انه (ص) في هذه الروايات الثلاث أخبر عن عدم اجتماع أمته على خطأ أو على ضلالة ، وان ما رآه المسلمون حسن فهو حسن ولا تختص هذه الاخبار بالمجتهدين لتكون دليلا على حجية الاجماع .

تسمى في مصر قوانين اذا جاءت عن طريق البرلمان ، وتسمى مراسيم بقوانين اذا أصدرها الملك في غيبة البرلمان ، طبقا للمادة ٤١ من الدستور المصري وفي كلا الحالين يجب أن تقرها أغلبية من أعضاء البرلمان فاذا أقرتها الاغلبية امر الملك باصدارها ، واصبحت ملزمة للافراد . فمصدر القوانين هو الاجماع الناقص ، أو هو اجماع الاكثرية على القواعد والمباديء التي يحتويها القانون ، وقوة القانون الملزمة تأتي لا من هذا الاجماع وانما من أمر ولي الأمر باصدار القانون ووضعه موضع التنفيذ. فالاجماع هنا دليل ظني لا قطعي — ٩٨ — .

واللوائح والقرارات هي ما تصدره السلطات الادارية والمحلية من قواعد لتنفيذ قانون ما ، بناء على السلطة المخولة لهذه السلطات بنص القانون ، فمصدرها هو مصدر القانون أي الاجماع الناقص ، وقوتها الالزامية مستمدة من أمر ولي الأمر الذي أصدر القانون ، وخول لمن وكل اليه التنفيذ سلطة التنفيذ .

١٣٣ — مركز القوانين واللوائح والقرارات من التشريع الاسلامي :

تعتبر القوانين والقرارات واللوائح مكملة للتشريع الإسلامي ؛ لأن الشريعة تعطي لأولي الامر حق التشريع فيما يمس مصلحة الافراد ومصلحة الجماعة ، وفيما يعود على الافراد والجماعة بالنفع ، فللسلطة التشريعية — ٩٩ — في أي بلد اسلامي أن تعاقب على أي فعل مباح اذا اقتضت المصلحة العامة

---

٩٨ — لا يصدق الاجماع المصطلح على اتفاق اكثرية البرلمان لعدم حصول الاتفاق الكامل وعدم اجتهاد المتفقين .

٩٩ — في الدولة الاسلامية التي نالت سلطتها بحق شرعي .

ذلك، ولها أن تعفو عن الجريمة أو عن العقوبة [1] اذا كانت الجريمة من جرائم التعازير واقتضت المصلحة العامة العفو عن الجريمة ، أو العفو عن العقوبة كلها او بعضها ، ولها أن تضيق من سلطان القاضي في أي جريمة من جرائم التعازير وأن تتركه واسعا ما دامت المصلحة العامة تقتضي هذا.

والقوانين والقرارات واللوائح التي تصدرها السلطة التشريعية — ١٠٠ — تكون نافذة واجبة الطاعة شرعا ، بشرط أن لا يكون فيها ما يخالف نصوص الشريعة الصريحة أو يخرج على مبادئها العامة وروح التشريع فيها ، والا فهي باطلة بطلانا مطلقا كما سنبين فيما بعد عند الكلام على النسخ .

١٣٤ — الشريعة لم تنفرد بجعل الاجماع تشريعا :

وقد يظن البعض أن الشريعة انفردت باعتبار الاجماع مصدرا للتشريع، وهو ظن خاطيء فالقوانين الوضعية في غير البلاد الاسلامية اساسها رأي الجماعة سواء في التشريع أو التطبيق .

فالقوانين لا تصدر الا اذا وافقت عليها أغلبية الهيئات التشريعية ، والنظريات القانونية التي يجمع عليها معظم الفقهاء أو معظم القضاة يكون لها دون تشريع قوة ملزمة مصدرها هذا الاجماع الناقص . وتجعل القوانين الوضعية الحكم لرأى غالبية القضاة عند الاختلاف اذا تعدد القضاة ، فاذا كانت المحكمة مكونة من ثلاثة قضاة كان الحكم ما يراه اثنان منهم ، واذا اختلفت دوائر المحاكم العليا في تقرير المبادىء القانونية او تفسير النصوص كان الحكم لأغلبية قضاة هذه الدوائر مجتمعين . ومعنى هذا كله ان القوانين

---

(١) راجع الفقرة ١٩١ وما بعدها .

---

١٠٠ — ذات الحق الشرعي كما ذكرنا آنفا .

الوضعية تسلم بالاجماع — ١٠١ — ، وتجعل الاجماع الناقص مصدرا للتشريع والتطبيق ، لانه يمثل رأي الأكثرين .

الفرع الرابع

القيـــاس

١٣٥ — تعريف القياس :

القياس هو الحاق ما لا نص فيه بما فيه نص في الحـكم الشرعي المنصوص عليه لاشتراكهما في علة هذا الحكم .

ويؤخذ من هذا التعريف أن للقياس اربعة اركان : —

١ — المقيس عليه : وهو الأمر الذي ورد النص ببيان حكمه ويسمى الاصـل .

المقيس : وهو الأمر الذي لم يرد نص بحكمه ، ويراد معرفة حكمـه ويسمى الفرع .

٣ — الحكم : وهو الحكم الشرعي الذي ورد به النص في الاصل ، ويراد الحكم به على الفرع .

٤ — العلة : وهي الوصف الذي شرع الحكم في الاصل لاجله وتحقق في الفرع [١] .

---

(١) أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف ص ٤٢ .

---

١٠١ — في اطلاق اسم الاجماع على الغالبية البرلمانية التي تعتمد عليهـا القوانين الوضعية تسامح ، اذا لا اتفاق فيها ولا يشترط في الموافقين الاجتهـاد .

١٣٦ ــ هل القياس ممكن في جميع الاحكام ؟ :

اختلف الفقهاء ــ ١٠٢ ــ في جواز اجراء القياس في جميع الاحكام

١٠٢ ــ لا يعتمد فقهاء المذهب الجعفري على القياس بجميع أقسامه ما لم يوجب القطع بالحكم الشرعي . لعدم دليل معتبر على حجيته ولا يصح الاعتماد على دليل غير علمي مالم يقم دليل معتبر على اعتباره مضافا الى ما مر عليك قريبا من الآيات المباركة الناهية عن العمل بالظن مثل قوله سبحانه وتعالى في سورة الانعام ١١٩ ، وفي سورة يونس ٦٦ ، (ان يتبعون الا الظن وان هم الا يخرصون) مضافا الى الادلة المانعة عن العمل بغير العلم والاخبار الكثيرة الواردة عن أئمة أهل البيت عليهم السلام الناهية عن القياس والمانعة من العمل به والاعتماد عليه .

أما القياس الذي يوجب القطع بالحكم فمن البديهي صحة الاعتماد عليه لأن القطع حجيته ذاتية بمعنى أنه حجة دائما من أي سبب حصل ولا تمنع الادلة المانعة من القياس من العمل بالعلم الحاصل من القياس لان الاعتماد على العلم لا على القياس .

أما الدليل المشتمل على العلة فيأخذ فقهاء المذهب الجعفري بعموم العلة ويكون الدليل المعلل دليلاً في كل واقعة تتحقق فيها العلة المذكورة ودليلهم على ذلك هو الدليل الدال على حجية الرواية ولزوم الاعتماد على ظاهرها فانها ظاهرة عرفا في شمول الحكم لجميع الموارد التي تكون مصداقا للعلة .

ولا فرق فيما ذكرناه بين جميع الاحكام الشرعية ولا اختصاص له بالجرائم والعقوبات التي هي محل الكلام .

الشرعية ، فرأت قلة أنه جائز لان جميع الاحكام الشرعية من جنس واحد ، وتدخل تحت حد واحد هو حد الحكم الشرعي وتشترك فيه ، وقد جاز على بعضها أن يكون ثابتا بالقياس ، وما جاز على بعض المتماثلات كان جائزا على بعضها الآخر . ورأى جمهور الفقهاء ان القياس لا يجوز اجراؤه بصفة عامة في كل الاحكام الشرعية ولو أنها تدخل تحت حد واحد ، لانها متنوعة ومتمايزة بأمور موجبة للتنوع والتمايز ، ولا مانع من ان يكون ما جاز على بعضها وثبت له قد جاز باعتبار خصوصيته وتعيينه لا باعتباره حكما شرعيا مجردا ، وعند هؤلاء أن القياس في كل الاحكام ممتنع لسببين : —

أولهما : — أنه يفضي الى أمر ممتنع فكان ممتنعا ، لان كل قياس لابد له من من أصل يستند اليه فلو كان كل حكم يثبت بالقياس لكان حكم أصل القياس ثابتا بالقياس ، وكذلك حكم أصل أصله ، واذا تسلسل الأمر الى غير نهاية امتنع وجود قياس ما ، لتوقفه على أصول لا نهاية لها .

وثانيهما : أن من الاحكام ما يثبت غير معقول المعنى كتحديد جلد الزاني غير المحصن بمائة جلدة ، وقاذف المحصنات بثمانين ، وما كان كذلك فاجراء القياس فيه متعذر ، لأن القياس يقوم على تعدية علة الاصل للفرع ، فما لا يعقل له علة يمتنع اثباته بالقياس (١) .

١٣٧ — القياس في الجرائم والعقوبات :

واختلف الذين لا يجيزون القياس في كل الاحكام في جواز القياس في الجرائم والعقوبات ، فقال بعضهم انه جائز ، وقال بعضهم انه غير جائز ، ولكل حججه .

---

(١) الاحكام في أصول الأحكام للآمدي ج ٤ ص ٨٩ وما بعدها .

والقائلون بجواز القياس لهم حجتان : —

الأولى : — أن النبي صلى الله عليه وسلم أقر القياس حين سأل معاذا بم تقضي ؟ قال أقضي بكتاب الله ، فان لم أجد فبسنة رسول الله ، فان لم أجد أجتهد رأيي ، فأقره الرسول على قوله : اجتهد رأيي ، وهو تعبير مطلق لا تفصيل فيه ، فدل ذلك على جواز القياس —١٠٣— في الجرائم والعقوبات .

الثانية : — ان الصحابة لما اشتوروا في حد شارب الخمر قال علي رضي الله عنه انه اذا شرب سكر ، واذا سكر هذى ، واذا هذى افترى ، فحدوه حد المفتري فقاس حد الشارب على حد المفتري — ١٠٤ — ، ولم ينقل عن أحد من الصحابة نكير فكان اجماعا .

---

١٠٣ — مر عليك قريبا ضعف هذه الرواية وارسالها ومعارضتها بغيرها وتصريح الحورقاني كونها في الموضوعات كما مر آنفا امكان تأويلها ولو سلمنا دلالتها وسندها فهي على اعتبار القياس بعمومه فتعارض ما دل على الردع عن اعمال الرأي فلا يصح الاعتماد عليها ولايكون مصححا للعمل بالقياس لأنه اما ان يدعي اتحاد مورد الدليلين فلا يصح الاستناد الى كل منهما لتساقطهما بالمعارضة ، واما مع دعوى أن مورد الاخبار الناهية قسم من الرأي ولما لم يعلم ان القياس الظني هل هو من الرأي الذي هو حجة ويصح الاعتماد عليه أم من الرأي المنهي عنه ، فلا تكون الرواية دليلا على حجيته مع أن الرواية مختصة بمعاذ ، وبالقضاء فلا يجوز الاستدلال بها في غير موردها الا مع القطع بعدم الفرق ، وكيف لنا بالقطع يا ترى .

١٠٤ — لا يمكن الاستناد الى هذه الرواية لاثبات القياس لعدم ثبوت اعتبار الرواية اولا ، ولأن القياس إنما يحتاج أليه الجاهل بالحكم

والقائلون بعدم جواز القياس يحتجون بثلاث حجج : —

الأولى : — أن الحدود والكفارات من الأمور المقدرة التي لا يمكن تعقل المعنى الموجب لتقديرها — ١٠٥ — ، والقياس أساسه تعقل علة حكم

وهو (ع) عالم بجميع علل الاحكام وملاكاتها ، وكيف لا يكون عالما بجميع ذلك وهو القائل : علمني رسول الله (ص) الف باب من العلم ينفتح لي من كل باب ألف باب ، وكيف يحمل كلامه على القياس وهو أشد الناس نقمة على القياس وانكارا له ، أليس هو القائل كما عن كتاب الآمدي في الأحكام ج ٣ ص ٨٣ انكارا على القياس : لو كان الدين بالقياس لكان المسح على باطن الخف أولى من ظاهره ، فحكمه عليه السلام تقدير صحة الرواية مبني على علمه (ع) باتحاد حكم السكران والمفتري ، وان حكم الفعل الذي يؤدي إلى الافتراء حكم الافتراء نفسه ، فالحديث أجنبي عن القياس ولو سلم ظهور الرواية بالقياس فلا بد من رفع اليد عن هذا الظهور لما مر قريبا من عدم احتياجه الى القياس وانكاره له ، ولو سلمت دلالة الرواية وسندها، فان قوله (ع) حجة ولا يحتاج الى اثبات حجيته بدعوى اجماع الصحابة على قوله .

١٠٥ — اذا أمكن للعقل معرفة المعنى الموجب لبقية الاحكام فانه يمكنه تعقل المعنى الموجب لتقديرها فلا فرق بين الجرائم والعقوبات وغيرها من الاحكام ، فاذا صح للقائل بالقياس ان يقيس غير الصغيرة البكر وغير البكر اذا كانت صغيرة ، وغير الصغيرة إذا كانت مجنونة بالبكر الصغيرة التي وردت الرواية ومنعت من أن يزوجها الا وليها ، صح أن يقيس الأمة على الزوجة ، وصوم غير رمضان على صوم رمضان

الأصل ، فما لا يعقل له من الاحكام علة فالقياس فيه متعذر •

الثانية : — أن الحدود عقوبات وكذلك الكفارات فيها شائبة العقوبة، والقياس مما يدخله احتمال الخطأ ، واحتمال شبهة ، والحدود تدرأ بالشبهات — ١٠٦ — لقوله عليه الصلاة والسلام: « ادرءوا الحدود بالشبهات » •

والثالثة : أن الشارع قد أوجب حد القطع بالسرقة ، ولم يوجبه بمكاتبة الكفارة مع أنه أولى بالقطع ، وأوجب الكفارة بالظهار لكونه منكرا وزورا ، ولم يوجبها في الردة مع أنها اشد في المنكر وقول الزور • فحيث لم يوجب ذلك فيما هو أولى ، فهو دليل على امتناع جريان القياس فيه (١) — ١٠٧ — •

وقد تكون حجج هذا الرأي من القوة — ١٠٨ — بحيث ترجحه على

(١) الاحكام في أصول الأحكام للآمدي ج ٤ ص ٨٢ وما بعدها .

في وجوب الكفارة ، فان الدليل وان ورد فيمن أتى أهله في شهر رمضان ولكن بالقياس يرى الحكم الى غير الاهل وغير رمضان ، كما يمكن ان يحكم بعدم وجوب اقامة حد الزنا على من وطيء جارية ابنه قياسا على عدم قطع يد الأب اذا سرق من مال ولده •

١٠٦ — لو تم هذا البرهان لافاد عدم امكان اثبات الحدود والكفارات بالقياس لا عدم امكان تحديد مقدارها أو نفيها بالقياس فهو أخص من محل الكلام •

١٠٧ — اذا منع هذا من جريان القياس في الحدود فيمنع من اجرائه في العبادات أيضا لان الصلاة أهم من الصوم مع أنه يجب على الحائض اعادة الصوم دون الصلاة •

١٠٨ — عرفت آنفا ضعف حجج كلا القولين •

الرأي الأول خصوصا اذا لاحظنا أن تقرير حد القاذف لم يكن نتيجة القياس، وانما كان تقريره نتيجة للاجماع عليه — ١٠٩ — ، ولا عبرة بالاستدلال عليه بطريق القياس ، لأن القياس لم يجعله تشريعا ملزما ، وانما الذي جعله كذلك هو الاجماع عليه •

على أنه يجب أن نعرف أن القياس في العقوبات يقتضي قبل كل شيء القياس في الجرائم ، وأن القائلين بجواز القيـاس في الجرائم ، لا يؤدي قولهم الى الاتيان بأحكام جديدة ، أو خلق جرائم جـديدة ، وانما يؤدي قولهم الى توسيع الدائرة التي تنطبق فيها النصوص ، فالقياس في الجرائم والعقوبات اذن ليس مصدرا تشريعيا ، وانما هو مصدر تفسيري يساعد على تعيين الافعال التي تدخل تحت النص ، فاذا حرم النص صورة معينة لعـلة ما ألحق بها القياس كل الصور المماثلة التي تتوفر فيها علة التحريم ، كالحاق اللواط بالزنا ، والحاق القتل بالمثقل بالقتل بالمحدد ، والحاق المسكر بالخمر عند البعض ، والحاق القبر بالمسكن وغيره من الامكنة المعدة لحفظ المال بحيث يعتبر آخذ الكفن سارقا وهكذا • ولا ضير من الاخذ بهذا الرأي الذي تأخذ به المحاكم اليوم الى حد كبير وينادي بالتوسع في تطبيقه علمـاء القانون وشراحه •

---

١٠٩ — ان المستدل بهذه الرواية يدعي أن المجمعين استندوا الى هـــذه الرواية التي استند فيها الامام للقياس فاجماعهم امضاء منهم للقياس في المقام فلا يرد عليه ما ذكره المصنف ولكن يرد عليه ما ذكرناه آنفا من عدم دلالة الرواية على القياس وعدم احتياجه (ع) للاستدلال به•

١٣٨ ـ القياس في الاجراءات : ـ

ويسلم الفقهاء ـ ١١٠ ـ بالقياس في الاجراءات الجنائية ، بل يسلمون بالقياس وبغيره من المصادر الاخرى التي لا يعترفون بها مصادر تشريعية جنائية ، كالعرف ـ ١١١ ـ . ومذهب الصحابي ـ ١١٢ ـ ، مثلا يرى البعض أن يكون الاقرار في السرقة مرتين قياسا ـ ١١٣ ـ على الاقارير الاربعة في الزنا ، ومن لا يسلم بهذا يرى ان الحكم خاص بالزنا فقط فلا

١١٠ ـ عدا فقهاء المذهب الجعفري فانهم لا يعتمدون على القياس فيجميع الاحكام ما لم يوجب القطع بالحكم الشرعي أو بكيفية امتثاله خارجا .

١١١ ـ لا يرى فقهاء المذهب الجعفري العرف من أدلة الاحكام الشرعية ولا في كيفية تطبيق الاحكام الجنائية وانما يعتمدون على العرف في فهم الأدلة الشرعية ومعرفة المراد منهم .

١١٢ ـ أي القول أو السلوك الذي يأخذ به الصحابي ويتقيد به من دون أن يعرف له مستند ولا يعتمد على ذلك فقهاء المذهب الجعفري لعدم قيام دليل على لزوم الأخذ بما يذهب اليه كل صحابي ، كما لم يثبت لديهم اجتهاد الصحابة وعدالتهم فضلا عن عصمتهم ولو ثبت اجتهادهم وعدالتهم فلا يكون رأي أحدهم حجة على بقية المجتهدين ولا على العوام الا على من يرجع اليهم في التقليد ، نعم يعتمد الشيعة على ما ذهب اليه من ثبتت عصمتهم من الصحابة وهم امير المؤمنين علي عليه السلام وسيدة نساء العالمين فاطمة الزهراء والحسن والحسين(ع) سيدا شباب أهل الجنة .

١١٣ ـ ان فقهاء المذهب الجعفري وان كان الرأي السائد بينهم هو ذلك الا

يقاس عليه • ويرى البعض جواز شهادة النساء في الجرائم قياسا — ١١٤ — على جواز شهادتين في المسائل المدنية. ويجمعون على الحفر للمرجوم — ١١٥ —

انهم لم يستندوا للقياس بل استندوا الى سيرة امير المؤمنين (ع) فلقد روي أن سارقا أقر عنده بالسرقة فنهره (ع) فاقر ثانيا فقال (ع) أقررت به مرتين فقطعه •

١١٤ — الرأي السائد عند فقهاء المذهب الجعفري أن شهادة النساء لاتؤثر في اقامة الحدود الشرعية الا في الزنا ولم يستندوا في ذلك للقياس بل لما روي عن أئمة اهل البيت (ع) ففي الخبر المعتبر الذي يرويه الحلبي انه سئل الامام جعفر بن محمد الصادق (ع) عن رجل فجر بأمرأة فشهد عليه ثلاثة رجال وأمرأتان وجب عليه الرجم ، وان شهد عليه رجلان وأربع نسوة فلا تجوز شهادتهم ولا يرجم ولكن يضرب حد الزاني • نعم تثبت شهادتهن منضمة الى شهادة الرجال •

١١٥ — الرأي السائد عند فقهاء المذهب الجعفري لزوم الحفر للمرجوم استنادا الى اخبار معتبرة •

واما بقية فقهاء المسلمين فقد اختلفوا في ذلك كما يرشدنا الى ذلك ما ذكره ابن رشد في الجزء الثاني من كتابه بداية المجتهد ص ٤٣٧ حيث قال : فمن مشهور المسائل الواقعة في هذا الجنس اختلافهم في الحفر للمرجوم فقالت طائفة يحفر له ، وروي ذلك عن علي في شراحة الهمدانية حيث أمر برجمها وبه قال ابو ثور الى ان قال : وقال مالك وابو حنيفة لا يحفر للمرجوم وخير في ذلك الشافعي ونقل عنه يحفر للمرأة فقط •

وهو مذهب علي، ويشترط أبو حنيفة وأصحابه وجود رائحة الخمر — ١١٦ — مع شهادة الشهود في اثبات جريمة الشرب وهو مذهب عبد الله بن مسعود.

المبحث الثالث

تفسير الاحكام الجنائية أي النصوص الجنائية

١٣٩ ـ سلطة القاضي في تفسير النصوص :

للقاضي وهو يطبق النصوص أن يفسرها — ١١٧ — اذا وجد غموضا أو خفاء في دلالتها ، أو تضاربا بين عباراتها . وقد وضع الفقهاء قواعد للتفسير تطبق وتراعى في فهم الاحكام من النصوص وبعض هذه القواعد لغوية وبعضها تشريعية .

---

١١٦ — لم أجد من اشترط من الفقهاء وجود رائحة الخمر وانما الخلاف بين فقهاء أهل السنة في ثبوت الحد بالرائحة وعدم ثبوته والذي ينقله ابن رشد في كتابه هداية المجتهد عن ابي حنيفة هو عدم الاكتفاء بالرائحة.

أما فقهاء المذهب الجعفري فلا يكتفون بالرائحة لاحتمال جهل شاربها بكون ما شربه خمرا أو كان مضطرا الى شربها أو أكره على ذلك كما لم يشترطوا في ثبوت الحد اذا ثبت شرب الخمر بالبينة او بالاقرار وجود رائحة الخمر .

١١٧ — اذا كان مجتهدا ، وان لم يكن مجتهدا فان عليه أن يأخذ تفسيرها من أحد المجتهدين الا اذا عين رئيس الدولة أحد المجتهدين ان يؤخذ برأيه. فانه يتعين على القاضي الأخذ برأيه .

الفرع الاول

فى القواعد اللغوية الموضوعة للتفسير

١٤٠ ــ كيف استنبطت هذه القواعد ؟ :

استنبط علماء الاصول هذه القواعد من استقراء الالفاظ والعبارات والاساليب العربية ، ودلالة كل ذلك على معناه المعروف لغويا ــ ١١٨ ــ ، فقد بحث العلماء دلالات الألفاظ والعبارات وما فيها من وضوح أو غموض؛ لأن بعضها يكون واضحا وبعضها يكون غامضا ، ثم بحثوا اللفظ من حيث اشتراكه في أكثر من معنى ، ومن حيث عمومه وشموله لكل أفراده ، ومن حيث خصوصه وانطباقه على بعض الافراد دون البعض فقواعد التفسير اللغوية ــ ١١٩ ــ يقتضي العلم بها ان ندرس (أولا) دلالات العبارات والالفاظ أو مفهوماتها (ثانيا) وضوح الدلالات وغموضها (ثالثا) اشتراك الألفاظ وعمومها وخصوصها • وقد وضعت قواعد التفسير أصلا لتطبق في فهم معاني النصوص الشرعية ، ولكنها في الواقع تطبق أيضا في معاني أي نص غير شرعي ما دام مصوغا في لغة عربية •

---

١١٨ ــ المستعمل عند العرف ولا يعتمد على المعنى اللغوي اذا لم يكن مما يتفاهم فيه عرفا •

١١٩ ــ العرفية كما مر آنفا •

١٤١ — أولا : — دلالات العبارات والالفاظ أو مفهوماتها : —

من المسلم به أن لكل لفظ دلالته . ولكل عبارة دلالتها ، ويترتب على ذلك أن النص الشرعي وهو مكون من الفاظ وعبارات قد تكون له دلالة واحدة . وقد يكون له أكثر من دلالة . ويستدل بالنص عادة على دلالاته أي مفهوماته وهذه المفهومات لا تخرج عن خمسة : —

الأول — مفهوم العبارة : — وهو المعنى الذي يتبادر الى الذهن من صيغة النص، وهو الذي قصده الشارع من وضع النص ، لان المشرعين يضع النص يختار له من الألفاظ والعبارات ما يدل دلالة واضحة على غرضه — ١٢٠ — ، ثم يصوغه بعد ذلك بحيث يتبادر المعنى المقصود من النص الى ذهن المطلع بمجرد الاطلاع عليه .

الثاني — مفهوم الاشارة : هو معنى لم يوضع النص من أجله ، ولا يتبادر الى الذهن من الاطلاع على صيغة النص ، ولكنه مع ذلك يكون لازما لعبارة النص أو لبعض ألفاظه ، فمفهوم الاشارة هو معنى لازم للنص غير مقصود من سياقه ، مثل قوله تعالى : « للفقراء المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم وأموالهم يبتغون فضلا من الله ورضوانا » فمفهوم العبارة الذي وضع النص من أجله هو أن الفقراء المهاجرين لهم نصيب من الفيء ، ومفهوم

---

١٢٠ — اذا كان المتكلم في مقام بيان غرضه وافهام مراده ، أما اذا كان في مقام اهمال غرضه واجمال مراده فلا يلزم اختيار ما كانت دلالته واضحة أما حمل اللفظ على ظاهره فلا ريب فيه لان المتكلم اذا كان يريد غير المعنى الظاهر لكان عليه ان يقيم القرينة فما لم تقم قرينة على المراد فلا بد وانه يريد المعنى الظاهر ويكون هو المراد للمتكلم .

الاشارة أن أموال هؤلاء المهاجرين التي تركوها قد خرجت عن ملكهم ؛ لأن وصفهم بانهم فقراء يستلزم أن لا تكون أموالهم على ملكهم — ١٢١ — .

الثالث — مفهوم الدلالة : هو المعنى الذي يفهم من روح النص ومنطقه فاذا دلت عبارة النص على حكم في واقعة ما لعلة استوجبت هذا الحكم — ١٢٢ — فكل واقعة أخرى من جنسها تدخل تحت مفهوم النص اذا توفرت فيها علة الحكم وكانت مساويه للواقعة التي جاء بها النص او أولى منها بالحكم ، على أن تكون المساواة أو الأولوية متبادرة الى الفهم دون حاجة لقياس او اجتهاد ، ومثل ذلك قوله تعالى : « فلا تقل لهما أف ولا تنهرهما » فقد نهى الله عن التأفف من الوالدين ونهرهما وحرم ذلك ، وهذا هو المفهوم من عبارة النص ، ولكن الذي يفهم من دلالته أن كل ما ساوى التأفف أو كان أشد منه محرم أيضا ، لتوفر علة التحريم فيما يساوي التأفف ، ولان ما زاد عليه أولى بالتحريم . أما ما يقل عن التأفف والنهر فلا يدخل تحت النص .

ويسمى الاستدلال على هذا الوجه بالقياس الجلي لظهور فهم المساواة أو الأولوية بين المنطوق والمفهوم الموافق له كما يسمى مفهوم لدلالة بمفهوم

---

١٢١ — اذا كان المراد وصف جميع المهاجرين بالفقراء ، وأما اذا كان المراد خصوص من كان فقيرا منهم فلا دلالة فيها على ذلك مع امكان أن يكون وصفهم بالفقر بعد هجرتهم الى المدينة لعدم تمكنهم من التصرف في أموالهم فليست للآية المباركة دلالة اشارة على ما ذكره المصنف فلا يصح التمثيل بها .

١٢٢ — الرأي السائد عند فقهاء المذهب الجعفري هو عدم التعدي عن موضع النص الا مع حصول القطع بعلة الحكم فاي مورد يعلم فيه بوجود العلة يسري الحكم اليه دون سواه .

الموافقة ، لأنه يوافق منطوق النص في علة الحكم موافقة تفهم بمجرد فهم عبارة النص ، ويسمى أيضا فحوى الخطاب أي روحه وما يعقل منه .

الرابع — مفهوم الاقتضاء : هو المعنى الـــذي يقتضيه النص بحيث لا تصح صيغة النص ولا تستقيم دون تقدير هذا المعنى — ١٢٣ — ، مثل قوله تعالى : « حرمت عليكم أمهاتكم » فهذه الصيغة قد يفهم منها معاني كثيرة

١٢٣ — عقلا أو شرعا أو لغة او عادة أو كان صدق النص موقوفا عليه :

أما مثال الذي يتوقف صحته عقلا عليه فقوله تعالى (واسأل القرية) فان صحة السؤال من المدينة عقلا يتوقف على تقدير لفظ اهل .

ومثال ما يتوقف عليه صحته شرعا قولهم : اعتق عبدك عني على ألف فان معنى هذا الكلام أن المأمور بالوكالة عن الامر يعتق العبد فكان الآمر هو العاتق ولما انه ورد شرعا أنه لا عتق الا في ملك فتدل العبارة على طلب تملكه فيكون التقدير ملكني العبد بألف ثم اعتقه عني .

ومثال ما يتوقف عليه صحة الكلام لغة المثال الذي ذكره المؤلف اذ لا يصح لغة تعلق الحكم الشرعي بالاعيان الخارجية فلا بد لصحتها واستقامتها لغة من أن يقدر متعلق الحرمة وهو الزواج في المثال الاول والاكل في المثال الثاني .

ومثال ما يتوقف صحة الكلام عايه عادة قولهم رأيت اســدا في الحمام فان صحته عادة متوقفة على ارادة الرجل الشجاع من لفظ الاسد لاستحالة وجود الاسد في الحمام عادة .

ومثال ما كان صدق النص موقوفاً عليه قوله (ص) : لا ضرر ولا ضرار في الاسلام فان صدق الكلام يتوقف على تقدير الأحكام والآثار الشرعية لتكون هي المنفية حقيقة لتحقق الضرر والضرار عند

ولكن لا يمكن ان تصح وتستقيم الا اذا فهمت على ان التحريم مقصود منه الزواج ، وهـذا هو مفهوم الاقتضاء ومثل قوله تعالى : « حرمت عليكم الميتـة » فمفهوم الاقتضاء فيها هو تحريم الاكل •

الخامس ــ مفهوم المخالفة : هو المعنى المخالف لمفهوم العبارة ، او هو المعنى الذي انتفت عنه قيود النص • وقد اختلف الاصوليون في مفهوم المخالفة فرأى فريق منهم أن لكل نص دلالتين : دلالة على حكم معين في منطوقه ، ودلالة على نقيض هذا الحكم فيما يخالفه ، أي في مفهومه المخالف : فقوله تعالى : « أو دما مسفوحا » يدل على تحريم الدم المسفوح بمنطوق النص . ويدل على اباحة الدم غير المسفوح النص المخالف : فكلما دل النص بمنطوقه على حكم معين فانه يدل على نقيض هذا الحكم بمفهومه المخالف • فمفهوم المخالفة ليس مسكوتا عنه عند هؤلاء •

والفريق الثاني يرى أن مفهوم المخالفة مسكوت عنه ، وان النص يوضع للحكم المنطوق به ، ولا يوضع لمفهومه المخالف ، فطبقا لهذا الرأي لادلالة للنص الا على حكمه المعين في منطوقه ، وأما مفهومه المخالف فلا دلالة للنص على حكم فيه وهذا هو الرأي الراجح ــ ١٢٤ ــ •

المسلمين قطعا فالمنفي واقعا الضرر باعتبار آثاره الشرعية لانه سبحانه وتعالى لم يحكم حكما يوجب الضرر على المسلمين •

١٢٤ ــ لان تقييد الدم بالمسفوح كما يمكن ان يكون لتقييد الحكم بالطهارة وانها مقيدة بخصوص الدم المسفوح دون سواه يمكن أن يكون لبيان نفس موضوع الحكم أو ما تعلق به الموضوع فلا يستفاد منه الا تقييد موضوع الحكم أو متعلق الموضوع فلا ينفي الطهارة عن غير الـدم المسفوح وما لم تقم قرينة على المعنى الاول فلا يكون للجملة دلالـة

١٤٢ ـ تعارض المفهومات :

اذا تعارضت المفهومات يرجح مفهوم العبارة على مفهوم الاشارة ــ ١٢٥ ــ لان مفهوم العبارة هو المعنى الذي وضع النص من أجله ، وأما مفهوم الاشارة فهو معنى لازم لبعض ألفاظ النص ولكن الشارع لم يقصده لذاته •

واذا تعارض مفهوم العبارة أو مفهوم الاشارة مع مفهوم الدلالة ــ ١٢٦ ــ رجح مفهوم العبارة أو مفهوم الاشارة ، لان كلا منهما مفهوم الصيغة أو الألفاظ التي اختارها الشارع أما مفهوم الدلالة فهو ما يفهم من روح النص ومنطقه ، وليس يصح أن نبطل معنى العبارات والالفاظ التي اختارها الشارع للمعنى الذي نفهمه نحن من روح النص •

أما مفهوم الاقتضاء فهو مقدم على غيره ــ ١٢٧ ــ ، لأنه المعنى الذي

على نفي الحكم عن غير المسفوح •

١٢٥ ــ لا يعقل تعارض مفهوم الاشارة مع مفهوم العبارة لأن مفهوم الأشارة هو ما يكون لازما لعبارة النص أو لبعض ألفاظه فكيف يكون معارضا لمفهوم العبارة المتبادر من النص يا ترى •

١٢٦ ــ مفهوم الدلالة كما مر عليك آنفا من المصنف هو ما يفهم من روح النص ومنطقه فكيف يمكن أن يعارض المعنى المتبادر من النص وهو المسمى بمفهوم العبارة أو كيف يعارض مفهوم الاشارة الذي يكون لازما لعبارة النص ، وكيف يقطع يا ترى بوجود علة الحكم ليكون للكلام مفهوم دلالة في مورد ينفيه ظاهر العبارة أو المعنى اللازم لها يا ترى •

١٢٧ ــ ولا يعقل أن يعارضه سواه لأنه الذي لا تصلح صيغة النص بدونه ولا يعقل أن تكون احدى المفاهيم تثبت عدم صحة النص •

لا تصح صيغة النص ولا تستقيم الا به •

أما مفهوم المخالفة فقد رأينا على الرأي الراجح مسكوت عنه ولا عمل له•

١٤٣ ـ ثانيا ـ وضوح الدلالات وغموضها :

تنقسم الألفاظ والعبارات والنصوص من حيث ظهور معناها الى نوعين: نوع واضح الدلالة على معناه وليس في دلالتـه غموض ولا ابهام ، ونوع غامض الدلالة وفيه غموض وخفاء •

والواضح الدلالة ليس على درجة واحدة في وضوح دلالته ، بل بعضه أوضح دلالة من بعض ، كما أن الغامض الدلالة بعضه أخفى دلالة من بعض •

١٤٤ ـ أقسام الواضح الدلالة :

ينقسم الواضح الدلالة الى أربعة أقسام : (١) الظاهر • (٢) النص• (٣) المفسر • (٤) المحكم •

١٤٥ ـ الظـاهر :

الظاهر هو ما دلت صيغته على معناه دلالة واضحة ، بحيث لا يتوقف فهم معناه على قرينة خارجية ، ولم يكن معناه هو المقصود أصلا من السياق أي من وضع الصيغة ـ ١٢٨ ـ ، مثل قوله تعالى : « وأحل الله البيـع وحرم الربا » فاحلال البيع ، وتحريم الربا يفهم من لفظي أحل وحرم دون حاجة الى قرينة خارجية ، وهذا المعنى لم يقصد من سياق الآية ؛ لأنها سيقت أصلا لنفي المماثلة بين البيع والربا ، ردا على من قالوا بأن البيع مثـل الربا

---

١٢٨ ـ بل ولو كان هو المقصود فالظاهر والنص باصطلاح علماء المذهب الجعفري كلاهما من الظاهر •

« ذلك بأنهم قالوا انما البيع مثل الربا ، وأحل الله البيع وحرم الربا » .

حكم الظاهر : يجب العمل بما ظهر منه ما لم يقم دليل يقتضي العدول عن ظاهره ، اذ الاصل عدم صرف اللفظ عن ظاهره الا بدليل يقتضي صرفه عن ظاهره ، أو ارادة معنى آخر منه .

واذا كان الظاهر عاما احتمل التخصيص ، واذا كان مطلقا أحتمل التقييد . وان كان حقيقة احتمل أن يراد به معنى مجازي ، الى غير ذلك من وجوه لتأويل ولا يكون التأويل صحيحا الا اذا بني على دليل شرعي : من نص ، و قياس — ١٢٩ — ، أو روح التشريع ومبادئه العامة — ١٣٠ — ، فاذا م يبن على دليل شرعي كان تأولا باطلا .

١٤٦ — النص : —

هو ما دلت صيغته دلالة واضحة على معناه المقصود اصالة من السياق فمتى كان المعنى ظاهرا بوضوح من اللفظ — وهو المقصود أصالة من السياق — كان اللفظ نصا عليه ، فقوله تعالى : « وأحل الله البيع وحرم الربا » نص على نفي المماثلة بين البيع والربا ؛ لأنه معنى ظاهر من اللفظ ومقصود أصالة من سياقه .

---

١٢٩ — مر عليك قريبا أن فقهاء المذهب الجعفري لا يعتبرون القياس ولا يستندون اليه ولا يذهبون الى شمول الحكم لغير مورد النص الا مع وجود العلة المنصوصة أو القطع بالعلة الداعية للحكم في غير موردها .

١٣٠ — بمعنى أن الظاهر مخالف لما يعلم كونه من الدين ومخالف لمبادئه وأسسه .

حكم النص : حكمه هو حكم الظاهر ، ويحتمل مثله التأويل — ١٣١ — .

١٤٧ — المفسر : —

هو ما دلت صيغته دلالة واضحة على معنى مفصل ينتفي معه احتمال التأويل ، مثل قوله تعالى في قاذفي المحصنات : « فاجلدوهم ثمانين جلدة » ويعتبر النص مفسرا ولو ورد مجملا غير مفصل اذا ألحق به الشارع ما يفصله ويزيل اجماله ، كقوله تعالى : « ولا تقتلوا النفس التي حرم الله الا بالحق» فهو نص مجمل ، ولكن الرسول فصل معناه حين قال : « لا يحل قتل امريء مسلم الا لاحدى ثلاث : زنا بعد احصان ، وكفر بعد ايمان ، وقتل نفس بغير نفس » .

حكم المفسر : يجب العمل به كما فصل ، ولا يحتمل أن يؤول أو يصرف عن ظاهره ، والتفسير الذي ينفي احتمال التأويل هو التفسير المستفاد من الصيغة ، أو المستفاد من بيان تفسيري مصدره المشرع ، أما تفسير الفقهاء والمجتهدين فلا يعتبر من التشريع ولا ينتفي معه احتمال التأويل .

١٤٨ — المحكم :

هو ما دلت صيغته دلالة واضحة على معنى لا يقبل ابطالا ولا تبديلا ، ولا يبقى معها احتمال للتأويل . والمحكم لا يقبل الإبطال ولا التبديل : لأن الحكم المستفاد منه حكم أساسي من قواعد الدين كعبادة الله وحده ، والايمان بكتبه ورسله ، أو لأنه من أمهات الفضائل التي لا تختلف باختلاف

---

١٣١ — مر عليك قريبا أن هذا القسم باصطلاح فقهاء المذهب الجعفري من الظاهر أيضا والنص عندهم مالا يحتمل التأويل .

الاحوال ، كبر الوالدين والعدل ، أو لأنه حكم فرعي جزئي أيده الشارع، كقوله تعالى في قاذفي المحصنات : « ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا » والمحكم لا يقبل التأويل ؛ لأنه مفصل ومفسر تفسيرا لا مجال معه للتأويل •

حكم المحكم : يجب العمل به قطعا ولا يحتمل صرفه عن ظاهره •

١٤٩ ـ حكم التعارض :

اذا تعارض ظاهر ونص ، رجح النص ؛ لأن الشارع قصده أصالة ـ ١٣٢ ـ واذا تعارض نص ومفسر رجح المفسر ؛ لأنه أوضح دلالة على المراد منه اذ لا يحتمل التأويل ، واذا تعارض محكم ومفسر ، رجح المحكم لأنه أقوى دلالة من المفسر ـ ١٣٣ ـ •

---

١٣٢ ـ قصد الشارع للنص اصالة لا يكون مصححا لتقديمه الا اذا وقع التعارض بين اطلاقي الدليلين فيقدم اطلاق النص لان الظاهر لم يقصده الشارع اصالة فلا يمكن التمسك باطلاقه . فالآية المباركة لا يمكن الاستناد اليها في الحكم بحلية جميع انواع البيع أو بحرمة جميع مصاديق الربا لان الهدف من الآية المباركة بيان الفرق بين البيع والربا لا بيان حكم كل منهما ويكفي في الفرق بينهما كون الافراد المتعارفة من البيع محكومة بالحلية والافراد المتعارفة من الربا محكومة بالحرمة•

١٣٣ ـ كيف يكون المحكم أقوى دلالة من المفسر وكل منهما لا يقبل التأويل فلا برهان على لزوم تقديم المحكم دائما بل يرجع في فرض تعارضهما الى القواعد المقررة للدليلين المتعارضين •

١٥٠ ـ أقسام الغامض الدلالة :

ينقسم الغامض الدلالة الى أربعة أقسام :

(١) الخفي • (٢) المشكل • (٣) المجمل • (٤) المتشابه •

١٥١ ـ الخفي : ـ

الخفي في الاصطلاح هو اللفظ الدال على معناه دلالة ظاهرة ، ولكن في انطباق معناه على بعض الافراد غموض وخفاء يحتاج الى نظر وتأمل ، ومنشأ هذا الغموض أن الفرد فيه صفة زائدة على سائر الافراد ، أو ينقص صفة عنها ، أو ان له اسم خاص دونها ، فهذه الزيادة أو هذا النقص أو هذه التسمية خاصة تجعله موضع اشتباه ، فيكون اللفظ خفيا بالنسبة لهذا الفرد، مثال ذلك السارق ، فانه ينطبق على كل من أخذ مال الغير خفيةمن حرز مثله؛ لأن السرقة هي أخذ مال الغير خفية من حرز مثله ، ولكن في انطباق لفظ السارق على الطرار ـ أي النشال ـ نوع من الغموض والخفاء ؛ لأن النشال يأخذ المال من حاضر يقظان معتمدا على خفة يده ومسارقة الاعين ، فهو يغاير السارق بوصف زائد فيه ، وهو جرأة المسارقة ، ومن ثم فقد سمي باسم خاص ، ومثال ذلك النباش أي سارق الاكفان فانه يختلف عن السارق في أنه يأخذ ما ليس على ملك أحد على رأي ، أو يأخذ من غير حرز على رأي آخر • فلفظ السارق يعتبر خفيا بالنسبة للطرار والنباش ، والوسيلة لإزالة هذا الخفاء هي البحث والاجتهاد ، فان رأى القاضي ـ ١٣٤ ـ أن اللفظ يتناولهما ولو بمفهوم الدلالة جعلهما من مدلولات اللفظ ، وطبق عليهما

---

١٣٤ ـ ان كان مجتهدا والا رجع الى غيره من المجتهدين •

حكم السرقة ، وان رأى ان اللفظ لا يتناولهما بأي طريق من طرق الدلالة لم يطبق عليهما حكم السرقة . والذي حدث في هاتين الحالتين بالذات أن المجتهدين أجمعوا على اعتبار الطرار — ١٣٥ — سارقا ولكنهم اختلفوا في اعتبار النباش — ١٣٦ — كذلك .

١٥٢ — المشكل : —

هو اللفظ الذي لا يدل بصيغته على المراد منه ، ولكن يمكن تعيين المراد منه بقرينة خارجية ، ومثاله اللفظ المشترك فانه موضوع لأكثر من معنى واحد ، وليس في صيغته ما يدل على المعنى الذي يقصده الشارع منه ، ولكن القرينة الخارجية تعين المعنى الذي يقصده الشارع ، كلفظ القرء في قوله تعالى : « والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء » فانه موضوع للطهر والحيض ، وليس في صيغته ما يدل على المعنى الذي قصده الشارع .

وقد ينشأ الاشكال من مقابلة النصوص بعضها ببعض ، بأن يكون كل

---

١٣٥ — وهو الرأي السائد بين فقهاء المذهب الجعفري اذا سرق من الجيب والكم الباطنين، وفسر الباطن بما اذا كان في باطن الثوب او في ثوب داخل مطلقا ، كان الثوب في باطن الثوب أو ظاهره واستندوا فيما ذهبوا اليه الى اخبار رويت عن امير المؤمنين (ع) ، وقد يستدل على ذلك بصدق الحرز على الجيب الباطني وعلى جيب الثوب الداخل .

١٣٦ — أما فقهاء المذهب الجعفري فقد اتفقوا على قطع يد النباش ، واستندوا في ذلك الى أخبار معتبرة رويت عن أئمة اهل البيت (ع) واختلفوا في أنه هل تقطع يد النباش مطلقا ولو كان ما سرق لا يساوي ربع دينار أو يشترط في قطع يد النباش أن يبلغ سعره ربع دينار .

نص على حدته ظاهر الدلالة على معناه ولا اشكال فيه ، ولكن الاشكال في التوفيق والجمع بين هذه النصوص .

والطريق لازالة اشكال المشكل هو الاجتهاد ، فعلى القاضي — ١٣٧ — اذا ورد في النص لفظ مشترك أن يتوصل بالقرائن والادلة الشرعية الى إزالة اشكال اللفظ وتعيين المراد منه، واذا وردت نصوص ظاهرها التخالف والتناقض فعليه أن يؤولها تأويلا صحيحا يوفق بينها ويزيل ما في ظاهرها من اختلاف — ١٣٨ — ، على أن يعتمد في تأويله على نصوص

---

١٣٧ — ان كان مجتهدا والا فيعتمد في ذلك على من يرجع اليه من المجتهدين.

١٣٨ — يعتمد عليه العرف ولم يكن الدليلان عرفا يعتبران من الدليلين المتعارضين بل كان احدهما يصلح عند العرف لان يكون مبينا للآخر وشارحا له كما اذا ورد دليلا ينهى عن امر من الامور كالارتماس للصائم مثلا ، وآخر يجوزه فالحديث الاول ظاهر في حرمة الارتماس لأن الحرمة هي المعنى المستفادة من النهي عرفا وان أمكن استعمالها في الكراهة مجازا ، والدليل الثاني صريح بجواز الارتماس للصائم فيقع التعارض بين ظهور الدليل الاول وصراحة الدليل الثاني لعدم امكان أن يحكم الفعل الواحد بالاباحة والحرمة في زمان واحد والعمل بمحتوى الدليلين يقتضي الذهاب الى الكراهة ورفع اليد عن ظهور الدليل الاول بالحرمة لان صراحة الدليل الثاني بالاباحة يكون قرينة عرفية على ان المراد من النهي في الدليل الاول الكراهة وهكذا فان كل دليل دل على الاباحة اذا عارضه ما دل على الوجوب والحرمة يكون قرينة على أن المراد من الاول الاستحباب ومن الثاني الكراهة .

كما أن الدليلين اذا كان احدهما عام وشامل لافراد كثيرة وكان

الثاني مختص ببعض افراد الموضوع الاول ومثاله ان يرد في نص الربا حرام وفي آخر الربا بين الوالد والولد مباح فان الدليل الثاني لما كان أعم من الاول فيكون مفسرا للدليل الاول ومخصصا له بغير الوالد والولد وقرينة عرفية على بيان المراد منه فلذا لو كان متصلا به لما بقي على ظهوره في شمول جميع الافراد ولا فرق في الدليل المفسر بين كونه متقدما أو متأخرا منفصلا أو متصلا ويسمى تقديم الخاص على العام تخصيصا اذا كان دلالة الدليل العام على شمول جميع الافراد بالوضع اذا كان الشمول مستفاد من ادوات العموم كما لو كان المثال الاول كل ربا من كل انسان حرام فيسمى الدليل الثاني مخصصا واما اذا كان شموله مستفادا من الاطلاق ومن تعلق الحكم بالطبيعة التي لها افراد كثيرة وكان الخاص مختص ببعض الافراد كالمثال الذي ذكرناه في أول التعليقة، فان الخاص يقدم ويسمى مقيدا ، ومن موارد التأويل الصحيح العرفي ما لو كان أحد الدليلين دال على ثبوت حكم لموضوع كان الآخر ينفي وجود ذلك الموضوع ومثاله أن يرد في النص : يجب الحج على المستطيع. وورد في نص آخر : المدين ليس مستطيعا ، ففي مثل هذه الموارد يكون الدليل الثاني قرينة على عدم وجوب الحج على المدين لان الدليل الاول يوجب الحج على خصوص المستطيع والنص الثاني ينفي صفة الاستطاعة عن المدين فيقدم الدليل الثاني ويسمى حاكما ويسمى الدليل الاول محكوما ولا يصح التأويل في غير هذه الموارد التي ذكرناها بل يكون الدليلان من المتعارضين .

وقد اختلفت آراء فقهاء المذهب الجعفري في العمل بالدليلين المتعارضين

فذهب بعضهم الى لزوم العمل بالدليل الراجح منهما ومع عدم رجحان أي أحد الدليلين فالمكلف مخير بالعمل بايهما شاء ، وذهب بعضهم الى لزوم العمل بالراجح منهما ومع تساويهما فلا يصح العمل بأي من الدليلين ، وذهب بعضهم الى ان المجتهد مخير في الاعتماد على أي من الدليلين شاء ولو كان احدهما أرجح وذو مزية ، وانما يحسن للمجتهد الاخذ بالراجح ، وارجح هذه الآراء هو الرأي الاول ، كما اختلفت آراؤهم في الامور التي توجب الرجحان والرأي الراجح هو أن الامور التي توجب الرجحان ثلاثة :

الاول : كون احد الدليلين أشهر رواية بمعنى اشتهار روايته بين الرواة .

الثاني : أن يكون مشابها لنص كتابي .

الثالث : ان لا يكون موافقا لآراء بقية المذاهب الفقهية الاسلامية ، فاذا ورد دليلان احدهما موافق لآراء بقية المذاهب الاسلامية والآخر مخالف لها فيؤخذ بالاول لان أئمة أهل البيت كثيرا ما كانوا يلتجئون الى بيان غير الواقع خوفا على انفسهم من السلطات القائمة في تلك الازمنة أو خوفا على شيعتهم فيما اذا تظاهروا بأمر يخالف ما عليه غيرهم من المذاهب الفقهية الاسلامية فيكون سبب معرفتهم وانزال الضرر بهم ، فلا يحصل لنا الوثوق بأن الدليل الموافق لبقية المذاهب الاسلامية صدر لبيان الحكم الواقعي ، واما الدليل المخالف لبقية المذاهب الاسلامية فلا يحتمل صدوره لغير بيان الحكم الواقعي فيستند اليه .

وقد وردت اخبار معتبرة آمرة بالاخذ بالمرجحات المذكورة فلا

أخرى — ١٣٩ — أو على مبادىء الشريعة العامة — ١٤٠ — وحكمة التشريع فيها — ١٤١ — .

١٥٣ — المجمل :

هو اللفظ الذي لا يدل بصيغته على المراد منه ، ولا توجد معه قرائن لفظية أو حالية تبين هذا المراد ، من ذلك الألفاظ التي نقلها الشارع عن معانيها اللغوية ووضعها لمعان اصطلاحية شرعية خاصة ، كألفاظ الصلاة والزكاة والصيام وغيرها من كل لفظ أراد به الشارع معنى شرعيا خاصا لا معناه اللغوي ، فاذا ورد لفظ من هذه الالفاظ في نص شرعي كان مجملا حتى يفسره الشارع ، ولذلك جاءت السنة العملية والقولية بتفسير الصلاة وبيان أركانها وشروطها وكيفيتها ، كما جاءت بتفسير الزكاة والصيام وغيرهما مما

مجال للتخير مع وجود احدى هذه المرجحات واما مع عدمها فالرأي الراجح عندنا هو التخير وأما المرجحات الاخرى التي ذكرها بعض الفقهاء فلم يقم على الترجيح بها دليل معتبر بنظرنا .

١٣٩ — تكون قرينة عرفية على فهم المراد منها كما مر تفصيل ذلك في التعليقة السابقة .

١٤٠ — اذا كان احد الدليلين مناف لمبادىء الشريعة الاسلامية فلا يكون حجة ولا يصلح لان يعارض سواه .

١٤١ — اذا أوجب القطع بالحكم الشرعي فالدليل المخالف لها يسقط عن الحجية وان لم يوجب القطع بالحكم الشرعي فلا دليل على الترجيح بما وافقها الا حصول الظن بما وافق الحكمة ولا دليل على اعتبار هذا الظن .

جاء مجملا في نصوص القرآن •

ومن المجمل اللفظ الغريب الذي فسره القرآن ، كلفظ القارعة في قوله تعالى : « القارعة ما القارعة ؟ وما أدراك ما القارعة ؟ يوم يكون الناس كالفراش المبثوث وتكون الجبال كالعهن المنفوش » •

وكل لفظ أراد به الشارع معنى خاصا وليس في صيغة اللفظ ولا في القرائن الخارجية ما يبينه فهو لفظ مجمل ، والطريق الى بيانه وازالة إجماله هو الشارع نفسه . فان لم يبينه فلا بيان له •

واذا صدر من الشارع بيان لمجمل ولكنه غير واف بتفصيل كل ما أريد منه . فان اللفظ المجمل ينتقل بهذا البيان غير الوافي من باب المجمل إلى باب المشكل ، ويكون على القاضي — ١٤٢ — أن يزيل الاشكال باجتهاده دون حاجة الى بيان او تفسير جديد من الشارع •

١٥٤ — المتشابه :

هو اللفظ الذي لا تدل صيغته على المراد منه ، ولا توجد قرائن خارجية تبينه ، واستأثر الشارع بعلمه فلم يفسره •

وليس في النصوص التشريعية شيء من المتشابه ، فلا يوجد في آيات الاحكام أو أحاديث الاحكام لفظ متشابه لا يعلم المراد منه ، وانما يوجد المتشابه في مواضع أخرى ، ومن أمثلته الحروف المقطعة التي بدأت بها بعض سور القرآن — ١٤٣ — •

---

١٤٢ — اذا كان مجتهدا والا رجع في ذلك الى احد المجتهدين •

١٤٣ — ذكرنا في تفسير هذه الحروف في الجزء الاول من كتابنا محاضرات في تفسير القرآن الكريم ص (١٠١) ما يأتي : انها تشمل على معان

١٥٥ ـ ثالثا ـ اشتراك الالفاظ وعمومها وخصوصها :

ينقسم اللفظ من حيث المعنى الذي وضع له الى : مشترك، وعام وخاص:

١٥٦ ـ اللفظ المشترك :

هو لفظ وضع لمعنيين أو أكثر بأوضاع متعددة فهو يدل على ما وضع له على سبيل البدل ، أي يدل على هذا المعنى أو ذاك كلفظ القرء يدل على الحيض والطهر، ولفظ اليد في قوله تعالى : « والسارق والسارقة فاقطعوا

واشارات لا يفهمها الا الرسول الاعظم (ص) وان الغرض من افهام تلك المعاني بهذه الكيفية هو افهام الناس ان القرآن المعجز الذي عجز العرب عن الأتيان بسورة من سوره مركبا من هذه الحروف التي يتركب منها كلامهم وتتكون منها خطبهم واشعارهم ، فعجزهم مع ذلك عن معارضته ومقابلته والتجائهم الى السيف دليل على أنه من الله تبارك وتعالى ، وقد يستفاد ذلك من نفس القرآن ايضا فان ظاهر قوله تعالى (ذلك الكتاب) هو اخبار عن نفس هذه الحروف ولما لم تكن هذه الحروف هي القرآن الكريم فلا بد وان يكون المراد ان القرآن الكريم مركب منها مع ذلك عجز العرب عن مجاراته. انتهى .

ولقد وردت بعض الاخبار في تفسير هذه الحروف المقطعة ولا مانع من أن يكون المراد من هذه الحروف الاشارة الى اعجاز القرآن مع اشتمالها على معان أخرى لا يعرفها الا النبي (ص) ولا سبيل لنا الى فهم تلك المعاني الا الاخبار الواردة عنه (ص) فلا مانع من الاعتماد عليها اذا ثبت اعتبارها .

أيديهما » فانه يعني اليمنى واليسرى ، ويعني من رؤوس الاصابع الى الرصغين والى المرفق والى المنكب — ١٤٤ — .

والاشتراك قد يكون بين معنى لغوي ومعنى اصطلاحي شرعي ، وقد يكون بين أكثر من معنى واحد من المعاني اللغوية .

فاذا كان الاشتراك بين معنى لغوي ومعنى اصطلاحي شرعي وجب حمل اللفظ على المعنى الاصطلاحي الشرعي دون غيره ، فلفظ الطلاق موضوع لغة لحل أي قيد وموضوع شرعا لحل قيد النكاح ، فاذا أريد معرفة المعنى المقصود من هذا اللفظ المشترك في قوله تعالى : « الطلاق مرتان » وجب أن نعرف أن المقصود هو المعنى الاصطلاحي .

واذا كان اللفظ المشترك مشتركا بين معنيين أو اكثر من المعاني اللغوية وجب حمله على معنى واحد منها بدليل يعينه ، لأن الشارع لا يقصد عقلا من

١٤٤ — أو خصوص الاصابع كما يذهب الى ذلك فقهاء المذهب الجعفري تبعا لما ثبت عندهم من سيرة مولانا امير المؤمنين (ع) ، وقد نقل ذلك عنه الشافعي في كتاب الأم الجزء السابع ص (١٨٢) ، وقيل ان اليد أستعملت في القرآن الكريم بمعنى الاصابع في قوله سبحانه وتعالى في سورة البقرة ٧٩ (فويل للذين يكتبون الكتاب بأيديهم ثم يقولون هذا من عند الله ... الخ) . لان من المعلوم ان الكتابة بالاصابع دون الساعد والكف وقد ذكرنا آنفا ان مما يشهد لصحة هذا الحكم قوله سبحانه وتعالى في سورة الجن ١٨ (ان المساجد لله فلا تدعوا مع الله احدا) فان المساجد مفسرة بالمساجد السبعة اللاتي يجب السجود عليها ومنها الكف ، فاذا كانت الكف لله فكيف تقطع يا ترى .

١٤٥ — يمكن ان يريد المؤلف من عبارته هذه احد معنيين :

أولها : انه يستحيل للمولى ان يقصد اكثر من معنى واحد من معاني اللفظ المشترك وهو أحد قولي علماء المذهب الجعفري ويستندون في ذلك الى ان استعمال اللفظ في المعنى بمعنى ايجاد ذلك المعني باللفظ لكن لا وجودا حقيقيا بل وجودا جعليا تنزيلا لان وجود اللفظ وجود للمعنى تنزيلا . فكأنه بايجاد اللفظ أوجد المعنى خارجا فهو وجود واحد ينتسب الى اللفظ حقيقة اولا وبالذات والى المعنى تنزيلا وثانيا وبالعرض فلا يمكن ان يراد باستعمال واحد معنيين لان لازمه ان يوجد بلفظ واحد معنيان وان يكون قالبا لاثنين وهو محال .

وذهب آخرون الى جواز استعمال اللفظ في اكثر من معنى واحتجوا بان الاستعمال غير منحصر بما ذكر في حجة المانعين لامكان أن يكون مستعملا في معنيين بمعنى كونه مشيرا لهما لا منزلا منزلتهما .

والقول الثاني هو القول الراجح منهما كما يظهر ذلك لمن راجع الحجتين السابقتين .

ولكن الظاهر من المشترك استعماله بمعنى واحد وان قلنا بامكان استعماله في معنيين فلا يمكن ارادة اكثر من معنى الا بقرينة تدل على ذلك .

ثاني المعنيين اللذين تحتملهما عبارة المصنف أن الشارع انما يستعمل اللفظ في المعنى لتفهيم مراده وتوضيح مقصوده وهو لا يحصل الا بارادة احد معاني المشترك ويمكن ان يورد عليه لو أراد هذا المعنى بأنه مع تسليم امكان استعمال اللفظ في اكثر من معنى فلا ينافي

والقاضي — ١٤٦ — أن يستدل بالقرائن والأمارات التي تعين المعنى المراد . ومثال اللفظ المشترك بين معنيين لغويين الواو في قوله تعالى : « ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وإنه لفسق » فالواو لفظ مشترك يستعمل لغة للعطف كما يستعمل للحال ، فان أريد به الحال كان النهي واردا على ما لم يذكر اسم الله عليه ، والحال أنه فسق أي ذكر عليه حين ذبحه اسم غير الله — ١٤٧ — ، وان أريد به العطف كان النهي واردا على ما لم يذكر اسم الله عليه مطلقا ، سواء ذكر عليه حين الذبح اسم غير الله أم لم يذكر .

ومهما تعددت معاني اللفظ المشترك فان الشارع لا يقصد الا أحدها دون غيره ، لان المعاني المتعددة توضع على سبيل البدل — ١٤٨ — أي على أن يحل معنى بدلا من آخر ، ولأن بعض المعاني متضاربة فلو جمع بينها لكان المقصود المعنى وضده في وقت واحد — ١٤٩ — .

ارادة تفهيم المراد وتوضيح المقصود بأن يستعمل اللفظ في اكثر معنى من معاني المشترك مع اقامة قرينته على مراده .

١٤٦ — اذا كان مجتهدا والا فيرجع في ذلك الى أحد المجتهدين .

١٤٧ — أو كان عدم ذكر اسمه سبحانه لعدم الاعتقاد به أو لعدم الاهتمام به سبحانه .

١٤٨ — كونها كذلك لا يكون سببا لعدم جواز استعمالها في اكثر من معنى الا اذا تم أحد الوجهين اللذين ذكرناهما في تفسير عبارة المتن .

١٤٩ — اذا صح استعمال اللفظ في اكثر من معنى واستعمله الشارع في اكثر من معنى فيكون المقصود جميع المعاني التي استعمل اللفظ فيها ولا تكون المعاني متضادة على هذا القول .

١٥٧ — اللفظ العام :

هو لفظ وضع لمعنى واحد يتحقق في أفراد كثيرين غير محصورين ، يدل بوضعه اللغوي على شمول هذه الافراد واستغراقها جميعا — ١٥٠ —، مثل لفظ الوصية في قوله صلى الله عليه وسلم : « لا وصية لوارث » فهو يدل بوضعه اللغوي على شمول كل وصية ، لانه نكرة في سياق النفي وهي تدل على العموم .

والفرق بين اللفظ المشترك واللفظ العام ، أن المشترك وضع لمعان متعددة ، أما العام فموضوع لمعنى واحد يتحقق في أفراد كثيرين .

والالفاظ التي تفيد العموم تنحصر بالاستقراء في سبعة أنواع :

١ — لفظ كل ولفظ جميع ، فكل منها يفيد شمول أفراد ما يضاف اليه ، مثل قوله تعالى : « كل امرىء بما كسب رهين » .

٢ — المفرد المعرف بال الجنسية مثل قوله تعالى : « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما » وقوله « وأحل الله البيع وحرم الربا » : فالمراد جنس السارق وجنس البيع وجنس الربا والجنس يتحقق في كل فرد — ١٥١ — فينطبق النص على كل سارق وكل بيع وكل ربا .

---

١٥٠ — بل يدل لفظ الوصية بحسب وضعه على طبيعة الوصية وانما استفيد الشمول من قرينة خارجية تسمى بمقدمات الحكمة ، وهو كون المتكلم في مقام بيان مراده ولم ينصب قرينته على أن مراده بعض الافراد فلابد وانه مريد لجميع ما تصدق عليه هذه الطبيعة .

١٥١ — كما يمكن ان يتحقق الجنس في جميع الافراد يمكن ان يتحقق في بعضها فقط ولا يمكن اثبات الاول مع عدم قرينة خاصة عليه الا بواسطة القرينة المسماة بمقدمات الحكمة وقد أشرنا اليها آنفا .

٣ ـ الجمع المعرف بأل الجنسية أو المعرف بالاضافة ، ومثل الاول قوله تعالى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » ومثل الثاني قوله تعالى: « حرمت عليكم أمهاتكم » .

٤ ـ النكرة في سياق النفي ـ ١٥٢ ـ مثل قول الرسول عليه الصلاة والسلام : « لا يقاد والد بولده » وقوله : « لا وصية لوارث » .

٥ ـ الاسم الموصول ـ ١٥٣ ـ مثل قوله تعالى : « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة » .

٦ ـ اسم الشرط مثل قوله تعالى : « ومن يقتل مؤمنا متعمدا » وقوله: « ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه » .

٧ ـ اسم الاستفهام مثل قوله تعالى : « من ذا الذي يقرض الله قرضا حسنا فيضاعفه له » .

فكل لفظ من أي نوع من هذه الانواع يفيد بوضعه اللغوي العموم

---

١٥٢ ـ اذا دخل النفي على النكرة فانما يدل على انتفاء جميع ما يرد من النكرة، والنكرة لا تدل بنفسها على شمول جميع الافراد وانما دلالتها على الاستيعاب بواسطة القرينة الخارجية العامة المسماة بمقدمات الحكمة التي اشرنا اليها آنفا .

١٥٣ ـ وضع الاسم الموصول لجماعة ويصح أن يراد به اي جماعة مهما قلت أو كثرت وانما يستفاد الاستيعاب ببركة القرينة العامة المسماة بمقدمات الحكمة التي اشرنا اليها آنفا ومثله اسم الشرط واسم الاستفهام فانه لا يستفاد منهما الشمول الا بواسطة القرينة العامة المسمات بمقدمات الحكمة .

والشمول — ١٥٤ — .

١٥٨ — دلالة العام قطعية :

واذا ورد في نص شرعي لفظ عام ولم يقم دليل على تخصيصه وجب حمله على عمومه ، لأنه موضوع لغة لهذا العموم ، ولم يقم دليل يصرفه عما وضع له ، وكان ثبوت الحكم الوارد بالنص لجميع أفراد هذا العام قطعيا لا ظنيا — ١٥٥ — ؛ لأن اللفظ عند الاطلاق يلازمه معناه قطعا ، وهذا هو معنى القاعدة الأصولية « العام الذي لم يخصص يتناول جميع أفراده قطعا » .

واذا قام دليل على تخصيص العام وجب حمله على ما بقي من أفراده بعد التخصيص وكان الحكم الوارد بالنص لهذه الافراد الباقية بعد ألتخصيص ظنيا لا قطعيا ؛ لأن النص الذي خصص العام أولا لابد أن يكون معللا ، وهذه العلة قد تتحقق في فرد آخر مما بقي بعد التخصيص ، فكأن التخصيص الاول قد جعل كل فرد من أفراد العام الباقية محتملا للتخصيص — ١٥٦ — ، ولهذا الاحتمال لا تكون الدلالة قطعية . ومن الأمثلة على ذلك قوله تعالى : « وأحل لكم ما وراء ذلكم » فهذا نص عام ولكن الرسول صلى الله عليه وسلم خصصه بقوله : « يحرم من الرضاع ما يحرم

---

١٥٤ — في خصوص النوع الاول وبواسطة مقدمات الحكمة في بقية الانواع .

١٥٥ — مع القطع بعدم وجود المخصص وعدم وجود مصلحة في اخفائه .

١٥٦ — الا اذا قطع بعدم وجود مخصص آخر وعدم وجود مصلحة في اخفاء التخصيص فتكون دلالته قطعية فلا فرق بين العام المخصص وغيره في كون دلالة كل منهما قطعية مع القطع بعدم وجود مخصص في العام غير المخصص أو القطع بعدم وجود مخصص آخر في العام المخصص وانما

من الرضاع ما يحرم من النسب » ففتح هذا التخصيص للمجتهدين باب تخصيص آخر فقاسوا المصاهرة على النسب — ١٥٧ — ، وحرموا من الرضاع ما يحرم بالمصاهرة ، كما حرم النص من الرضاع ما يحرم من النسب .

١٥٩ — ما يترتب على قطعية دلالة العام :

ويترتب على القول بقطعية دلالة العام — ١٥٨ — الذي لم يخصص نتيجتان هامتان .

النتيجة الأولى : ان العام في نصوص القرآن والسنة المتواترة لا يخصصه ابتداء قياس ولا سنة غير متواترة — ١٥٩ — ، لان كليهما ظني

يحصل القطع المذكور اذا كان المولى في مقام بيان مراده وكان متمكنا من ذلك ولم يكن في مقام يقتضي الاخفاء لتقية وشبهها اما اذا حصل الظن بعدم وجود مخصص في العام غير المخصص أو مخصص آخر في العام المخصص فتكون الدلالة ظنية ، واذا لم يحصل القطع ولا الظن فالدلالة اجتماعية .

١٥٧ — مر آنفا ان فقهاء المذهب الجعفري لم يعتبروا القياس من أدلة الاحكام الشرعية ولم يعتمدوا عليه فلم يقيسوا المصاهرة بالنسب.

١٥٨ — مر آنفا ان دلالة العام لا تكون قطعية الا مع القطع بعدم التخصيص وبعدم وجود مصلحة في الاخفاء .

١٥٩ — اما القياس فليس من الادلة الشرعية في نظر فقهاء المذهب الجعفري فلا يعتمد عليه في تخصيص ولا غيره .

اما السنة المعتبرة قطعية الدلالة كانت أو ظنية فهي دليل شرعي ، والرأي السائد عند فقهاء المذهب الجعفري هو تخصيص الكتاب

الدلالة — ١٦٠ — ، والظني لا يخصص القطعي — ١٦١ — • اما اذا خصص العام بقطعي فيصح بعد ذلك ان يخصصه قياس أو سنة غير متواترة ؛ لان العام بالتخصيص الاول صار ظني الدلالة — ١٦٢ — ، ومن ثم يصح تخصيصه بظني مثله •

والسنة المتواترة بها ، لانها تكون قرينة على ان المراد بعض الافراد دون الجميع فان ما دل في السنة على المنع من البيع الموجب للغرر يكون مخصصا لقوله تعالى (احل الله البيع) ومفسرا له وكاشفا على ان المراد به عدا البيع الذي يوجب الغرر •

١٦٠ — مر عليك قريبا ان السنة غير المتواترة وان كانت ظنية السند فانها تفسر العام القرآني والعام الوارد في السنة المتواترة وتكشف عن اختصاصه بغير موردها •

واما القياس فلا يمنع من التخصيص به ظنية دلالته بل المانع عدم ثبوت حجيته وقيام الادلة القطعية على عدمها ولو سلمت حجيته فهو ليس من الادلة اللفظية ليخصص به الكتاب او السنة •

١٦١ — مر عليك قريبا ان العام ليس بقطعي الدلالة دائما كما مر عليك آنفا أن الدليل القطعي الدلالة يمكن تخصيصه بدليل ظني الدلالة اذا ثبت اعتباره ، والعام الوارد في القرآن والسنة المتواترة قطعي ولا ينافي ذلك تخصيص بدليل ظني الصدور أو ظني الدلالة ولا يخرج بالتخصيص عن كونه قطعي الصدور وذلك لان الخاص لا يعارض سند العام بل يكون شارحا ومفسرا له وقرينة على بيان المراد منه •

١٦٢ — مر علينا قريبا ان العام في كلتا الصورتين ظني الدلالة الا مع القطع بعدم تخصيصه مع عدم وجود مصلحة تمنع من اظهار التخصيص وكيف

النتيجة الثانية : أن العام الذي لم يخصص اذا دل على حكم ودل نص خاص على خلافه فانهما يتعارضان — ١٦٣ — ؛ لتساويهما في أن كلا منهما قطعي الدلالة ، فاذا خصص العام فانه لا يعارض النص الخاص ، لانه يصير ظني الدلالة — ١٦٤ — فلا يعارض النص الخاص وهو قطعي الدلالة — ١٦٥ —

يكون يا ترى قطعي الدلالة مع وجود دليل معتبر أخص منه يصلح لان يكون مفسرا له وقرينة على اختصاصه ببعض الافراد دون جميعها •

١٦٣ — واللازم تقديم الخاص لانه يصلح لان يكون قرينة على العام ومفسرا له ومخصصا له بغير مورده كما مر آنفا ولا يكون العام مع وجود خاص مفسرا له مقطوع الدلالة •

١٦٤ — مر عليك قريبا ان العام في كلا صورتي تخصيصه وعدم تخصيصه ظني الدلالة الا مع القطع بعدم تخصيصه وبعدم وجود مصلحة في اخفاء التخصيص •

١٦٥ — قد يكون الخاص قطعي الدلالة وقد يكون ظني الدلالة وهو في كلا الحالين يقدم على العام ويكون مخصصا له ومبينا للمراد منه •

أما الخاص الظني الدلالة فمثاله ما لو ورد في الدليل اشرب عصير الفواكه ، وورد لا تشرب ماء النومي ، وشككنا في ماء النومي الحامض وهل هو من عصير الفواكه المأمور بشربه أو انه من ماء النومي المنهي عن شربه وكل من الدليلين يدل عليه بالاطلاق لاحتمال كون النهي مختصا بماء النومي الحلو ، فيكون الحامض مشمولا للعام ويحتمل شمول الخاص له فلا يكون مشمولا للعام فكل من الخاص والعام يحتمل شموله لماء النومي الحامض وكل منهما دلالته عليه ظنية ، ولكن الذي يستند اليه ويؤخذ به هو الخاص وان كان ظني الدلالة لانه اظهر من العام

ويكون الترجيح للقطعي — ١٦٦ — .

على ان البعض يرى أن العام ظني الدلالة في كل الاحوال ، لان استقراء — ١٦٧ — نصوص الشريعة دل على انه لم يبق فيها عام على عمومه حتى اشتهرت هذه القاعدة « من عام الا وخصص » .

ويترتب على هذا الرأي أن العام من نصوص القرآن والسنة يخصص ابتداء بالقياس — ١٦٨ — ، وبالسنة غير المتواترة ، وأنه اذا دل نص عام على حكم ودل نص خاص على خلافه لا يتعارضان ، بل يرجح الخاص لانه قطعي الدلالة — ١٦٩ — ، أما العام فظني الدلالة ، والقاعدة أن القطعي والظني لا يتعارضان لعدم تساويهما — ١٧٠ — ، وان التعارض لا يكون الا بين متساويين .

في شموله للمشكوك فيقدم على العام كما لو كان الخاص نصا نبه وكان لا تشرب ماء النومي الحامض .

١٦٦ — بل وان لم يكن قطعيا كما مرت الاشارة اليه قريبا .

١٦٧ — بل وحتى لو اغمضنا النظر عن هذا الاستقراء فان العام لايكون قطعي الدلالة الا مع القطع بعدم تخصيصه وعدم وجود مصلحة في اخفاء التخصيص كما مرت الاشارة اليه .

١٦٨ — مر آنفا أن الرأي السائد بين فقهاء المذهب الجعفري عدم الاعتماد على القياس في جميع الاحكام الشرعية .

١٦٩ — بل لانه مفسر وشارح وصالح لان يكون قرينة عرفية على المراد منه وان لم يكن قطعي الدلالة كما مر عليك ذلك مرارا .

١٧٠ — مر علينا قريبا ان العام مع احتمال وجود الخاص أو احتمال مصلحة في اخفاء الخاص لا يكون قطعيا .

١٦٠ ـ تخصيص العام :

يقصد من تخصيص العام صرفه عن عمومه وقصره على بعض ما يتناوله من الافراد بحيث لا يدخل تحت حكم النص الا ما بقي من أفراده بعد التخصيص ، ولا يكون التخصيص الا بدليل وهذا الدليل على نوعين : دليل غير مستقل ودليل مستقل •

١٦١ ـ الدليل غير المستقل :

• هو ما كان جزءا من عبارة النص العام ، مثل الاستثناء الوارد في قوله تعالى : « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ، ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا ، وأولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا » •

١٦٢ ـ الدليل المستقل :

هو مالم يكن جزءا من عبارة النص العام ، وهو على ثلاثة أنواع :

النوع الاول : المباديء العامة للشريعه : فانها تخصص العام من الاحكام الشرعية ، كما في النصوص التي جاءت بتكاليف دون تخصيص ، فان هذه النصوص لا تنطبق الا على من هم أهل للتكليف ، أما فاقدو الاهلية كالمجانين والاطفال فلا تنطبق عليهم هذه النصوص طبقا لمباديء الشريعة العامة ، فكأن هذه المباديء العامة خصصت نصوصا عامة من نصوص الشريعة •

النوع الثاني : العرف ـ ١٧١ ـ : وقد يخصص العرف النصوص العامة

---

١٧١ ـ لا يعتبر فقهاء المذهب الجعفري العرف من الادلة الشرعية ليخصص

فيحمل العام على ما يقتضي العرف بحمله عليه . مثل قوله عليه الصلاة والسلام: « لا قطع الا في ربع دينار » . فقيمة الدينار — ١٧٢ — تخضع للتقدير المتعارف عليه بين الناس .

النوع الثالث : النص الشرعي : فقد يخصص النص العام بنص آخر ، ولكن يشترط أن يكون المخصص في مرتبة العام المخصص من حيث قطعيته أو ظنيته — ١٧٣ — أو أن يكون أعلا منه . وينبني على ذلك ان نصوص القرآن يخصص بعضها بعضا وان نصوص السنة يخصص بعضها بعضا ، اذا كانت كلها متواترة ، أو كلها من أخبار الآحاد .

ويخصص القرآن بالسنة اذا كانت متواترة ، ولا يخصص بحديث غير متواتر أو مشهور — ١٧٤ — ، ولا يخصص حديث متواتر أو مشهور بحديث

به العام وانما يعتمد على العرف في تفسير الدليل الشرعي اللازم حمله على المعنى العرفي .

١٧٢ — لا يحتاج الى العرف في تحديد قيمة الدينار لانه محدد واقعا وهو مثقال ذهب خالص وانما يحتاج اليه في تقييم المسروق ان لم يكن من النقود فما رآه العرف يساوي ربع دينار فما زاد يجب القطع فيه وما لم يكن كذلك فلا يكون سببا للقطع .

١٧٣ — مر عليك آنفا ان الخاص المعتبر يقدم على العام وان كان ظني الدلالة لكونه قرينة عرفية على المراد من العام .

١٧٤ — بل يخصص القرآن الكريم وكذا السنة المتواترة المشهورة بكل حديث معتبر وان لم يكن متواترا أو مشهورا ، وقد مر آنفا عليك أن السر في ذلك عدم معارضة الخاص للعام بل هو قرينة عرفية يصلح لبيان فهم المقصود منه وان كان الخاص ظنيا والعام قطعيا .

من أخبار الآحاد ، لأن القرآن قطعي ، وفي حكمه الحديث المتواتر أو المشهور ، أما خبر الآحاد فظني .

١٦٣ ـ المقصود من التخصيص :

يقصد من التخصيص اما بيان المراد من النص العام ، وأما نسخ الحكم وابطاله بالنسبة لبعض الافراد دون البعض الآخر ، والقاعدة ـ ١٧٥ ـ أنه

---

١٧٥ ـ مر عليك قريبا عدم ثبوت هذه القاعدة وان القرآن الكريم والسنة المتواترة تخصص بأخبار الآحاد التي ثبت اعتبارها .

أما النسخ فلا يثبت بالخبر الواحد لا للقاعدة المذكورة بل لاجماع المسلمين على ذلك .

اما القرآن الكريم فان الحكمة تمنع من ان تنسخ آية من آياته ولا يعمل بها لوجود آية اخرى منافية لها فلا يمكن أن تكون في القرآن آية منسوخة لا يعمل بها فان لازمه وجود التنافي بين آيات القرآن الكريم والله سبحانه وتعالى يقول في سورة النساء ٨١ (أفلا يتدبرون القرآن ولو كان من عند غير الله لوجدوا فيه اختلافا كثيرا) .

وكيف تكون في القرآن الكريم آية منسوخة لا يصح العمل بها بلا قرينة في نفس الآية أو بآية متصلة بها بخبر ينسخها مع أن القرآن أنزل لهداية البشر وقد أمروا باتباعه والاقتداء بـه ، فآيات القرآن الكريم لا تنسخ الا بآية متصلة بها تكون قرينة على عدم لزوم العمل بما فيها وعلى نسخها وله مثالان في القرآن الكريم .

الاول : قوله سبحانه وتعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا ناجيتم الرسول فقدموا بين يدي نجواكم صدقة ذلك خير لكم واطهر فان

• • • • • • • • •

لم تجدوا فان الله غفور رحيم) المجادلة ١٢ ، (أأشفقتم ان تقدموا بين يدي نجواكم صدقات فاذ لم تفعلوا وتاب الله عليكم فاقيموا الصلاة وآتوا الزكاة وأطيعوا الله ورسوله والله خبير بما تعملون) ١٣ .

فقد ذهب اكثر العلماء الى ان الآية الاولى منسوخة بالثانية واليك ما ذكره في المقام استاذنا سماحة الامام السيد ابو القاسم الخوئي في تفسير البيان من ص ٢٦٣ — ص ٢٦٥ فقد قال دام ظله :

وقد استفاضت الروايات من طرق علماء الشيعة وحفاظ السنة ان الآية الاولى المباركة لما نزلت لم يعمل بها غير علي (ع) فكان له دينار فباعه بعشرة دراهم فكان كلما ناجى الرسول (ص) قدم درهما حتى ناجاه عشر مرات ، روى ابن بابويه باسناده عن مكحول قال قال امير المؤمنين علي بن ابي طالب (ع) : لقد علم المتحفظون من أصحاب النبي (ص) انه ليس فيهم رجل له منقبة الا وقد شركته فيها وفضلته ولي سبعون منقبة لم يشركني أحد منهم قلت يا أمير المؤمنين أخبرني بهن فقال (ع) أول منقبة .. وذكر السبعين ، وقال في ذلك وأما الرابعة والعشرين فان الله عز وجل أنزل على رسوله (ص) [يا أيها الذين آمنوا اذا ناجيتم الرسول فقدموا بين يدي نجواكم صدقة] فكان لي دينار فبعته بعشرة دراهم فكنت اذا ناجيت رسول الله (ص) أتصدق قبل ذلك بدرهم ووالله ما فعل هذا أحد غيري من أصحابه قبلي ولا بعدي فانزل الله عز وجل أأشفقتم .

وروى ابن جرير باسناده عن مجاهد قال قال علي رضي الله عنه آية من كتاب الله لم يعمل بها احد قبلي ولا يعمل بها احد بعدي وكان

عندي دينار فصرفته بعشرة دراهم فكنت اذا جئت الى النبي (ص) تصدقت بدرهم فنسخت فلم يعمل بها أحد قبلي (يا أيها الذين آمنوا اذا ناجيتم الرسول فقدموا بين يدي نجواكم صدقة) .

قال الشوكاني وأخرج عبد الرزاق وعبد بن حميد وابن المنذر وابن أبي حاتم وابن مردويه عنه ايضا قال ان في كتاب الله لآية ماعمل بها أحد قبلي ولا يعمل بها أحد بعدي آية النجوى (يا أيها الذين آمنوا اذا ناجيتم الرسول فقدموا بين يدي نجواكم صدقة) ، كان عندي دينار فبعته بعشرة دراهم فكلما ناجيت رسول الله (ص) قدمت بين يدي نجواي درهما ثم نسخت فلم يعمل بها احد فنزلت (أأشفقتم ان تقدموا بين يدي نجواكم صدقة) ، وتحقيق القول في ذلك أن الآية المباركة دلت على ان تقديم الصدقة بين يدي مناجاة الرسول(ص) خير وتطهير للنفوس والامر به أمر بما فيه مصلحة للعباد ودلت على ان هذا الحكم انما يتوجه على من يجد ما يتصدق به أما من لا يجد شيئا فان الله غفور رحيم ولا ريب في أن ذلك مما يستقل العقل بحسنه ويحكم الوجدان بصحته فان في الحكم المذكور نفعا للفقراء لانهم المستحقون للصدقات وفيه تخفيف عن النبي (ص) فانه يوجب قلة مناجاته من الناس وانه لا يقدم على مناجاته بعد هذا الحكم الا من كان حبه لمناجاة الرسول اكثر من حبه للمال ولا ريب ايضا في أن حسن ذلك لا يختص بوقت دون وقت ودلت الآية الثانية على ان عامة المسلمين غير علي بن ابي طالب عليه السلام أعرضوا عن مناجاة الرسول (ص) اشفاقا من الصدقة وحرصا على المال ولا ريب في ان اعراضهم

عن المناجاة يفوت عليهم كثيرا من المنافع والمصالح العامة ، ومن أجل حفظ تلك المنافع رفع الله عنهم وجوب الصدقة بين يدي المناجاة تقديما للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة وعلى النفع الخاص بالفقراء وأمرهم باقامة الصلاة وايتاء الزكاة واطاعة الله ورسوله وعلى ذلك فلا مناص من الالتزام بالنسخ وان الحكم المجعول بالآية الاولى قد نسخ وارتفع بالآية الثانية .

هذا بعض ما ذكره استاذنا الخوئي دام ظله ولما كانت الآية الثانية متصلة بالاولى فلا محذور في ان تكون ناسخة للاولى لان كل من يقرأ الاولى يقرأها معها فلا يعتمد على الاولى ولا يعمل بها .

الآية الثانية المنسوخة في القرآن الكريم هي قوله سبحانه وتعالى في سورة الأنفال ٦٥ (يا أيها النبي حرض المؤمنين على القتال ، ان يكن منكم عشرون صابرون يغلبوا مأتين ، وان يكن منكم مئة يغلبوا ألفا من الذين كفروا بأنهم قوم لا يفقهون) .

٦٦ (الآن خفف الله عنكم وعلم ان فيكم ضعفا ، فان يكن منكم مائة صابرة يغلبوا مائتين ، وان يكن منكم الف يغلبوا ألفين باذن الله، والله مع الصابرين) .

فقد حكمت الآية الاولى بحرمة الفرار وان كان المشركون عشرة أضعاف المسلمين ثم نسخ هذا الحكم لما ضعف المسلمون وصعب عليهم ذلك ونسخ الآية الثانية للاولى متوقف، على التنافي بين الآيتين وعدم نزولهما دفعة واحدة .

أما التنافي فواضح واما عدم نزولهما دفعة واحدة فهو الظاهر

من سياق الآيتين المباركتين اذ لا معنى لان يحكم في وقت واحد بحرمة الفرار وان كان المسلمون عشر المشركين ثم يرفع هذا الحكم ويخفف عن الامة قبل ان تعطى مجالا لامتثال هذا الحكم ولعصيانه كما يشهد لذلك قوله سبحانه وتعالى « الآن » مما هو ظاهر في تغاير الزمانين ، كما يشهد لذلك اخبار وردت من طرق رواة الشيعة وحفاظ السنة تخبر عن عدم نزول الآيتين دفعة واحدة والاعتماد على الاخبار ليس من اثبات النسخ بالخبر الواحد الذي قام الاجماع على بطلانه وانما هو اثبات تأخر نزول الآية الثانية الذي لازمه كون الآية الثانية ناسخة للاولى ولا يمكن حمل الآية الاولى على الاستحباب لأن الحكم الاستحبابي لا الزام فيه ، فلا صعوبة فيه ولا يكون ضعف الأمة موجبا لرفعه ، ولقد أنكر استاذنا الخوئي كون الآية الثانية ناسخة للاولى وذكر في الجزء الاول من تفسير البيان الطبعة الاولى ص٢٤٢ ما يأتي : ان لازم كلام القائل بالنسخ ان المجاهدين في بدء امر الاسلام كانوا أربط جأشا وأشد شكيمة من المجاهدين بعد ظهور الاسلام وقوته وكثرة انصاره وكيف يمكن القول بأن الضعف طرأ على المؤمنين بعد قوتهم •

ويرد على ما ذكره دام ظله اولا ان الآية المباركة ليست صريحة في طروء الضعف البدني عليهم بل يمكن ان يكون لهم من القوة ما يمكنهم مقابلة عشرة أضعافهم ولكن ضعف نفوسهم هو الذي أوجب نسخ هذا الحكم وارتفاعه •

وثانيا ان التاريخ يشهد ان المسلمين كلما زادوا وانتصروا ضعفت

لا يبين النص الا ما كان في درجته او أعلى منه ، ولا ينسخه الأ ماكان كذلك .

١٦٤ ـ اللفظ الخاص :

هو لفظ وضع للدلالة على فرد واحد بالشخص مثل محمد ، أو واحد بالنوع مثل رجل ، أو على أفراد متعددة محصورة مثل ثلاثة وعشرة ومائة وقوم ورهط وجمع وفريق وغير ذلك من الألفاظ ، التي تدل على عدد من الافراد ، ولا تدل على استغراق جميع الافراد .

١٦٥ ـ حكم اللفظ الخاص :

اذا ورد اللفظ الخاص في نص شرعي فانه يدل دلالة قطعية لا ظنية على معناه الخاص الذي وضع له ، مثل قوله تعالى : « فاجلدوهم ثمانين جلدة » وقوله « فكفارته اطعام عشرة مساكين » فلفظ الثمانين والعشرة يدل دلالة قطعية على معناه ، ولا يحتمل الثمانون أو العشرة نقصا أو زيادة .

لكن اذا قام دليل يقتضي تأويل اللفظ الخاص وارادة معنى آخر منه وجب حمله على مقتضى هذا الدليل ، كما تأولوا لفظ الشاة في قوله صلى الله عليه وسلم : « في كل أربعين شاة شاة » فظاهر الحديث أنه لا يجزيء في زكاة الاربعين شاة الا واحدة منها ، ولا تجزيء قيمتها ، ولكن حكمة التشريع

قواهم فنراهم في بدر لم يصبهم خوف ولا جبن ونصرهم الله على اعدائه على قلة عددهم وسلاحهم وقوة الكفار وكثرة عددهم ، ثم نراهم هزموا في أحد ، وخافوا في الخندق ، وانسحبوا أولا عن خيبر ونكبوا في حنين .

والاصول العامة في التضمين تقتضي تأويل ـ ١٧٦ ـ هذا اللفظ وصرفه عن ظاهره ، لأن الغرض من الزكاة دفع حاجة الفقراء ، وهي تندفع بقيمة الشاة كما تندفع بالشاة ، ومن ثم أول اللفظ على أن المقصود بالشاة شاة أو ما يعادل قيمتها ، وعلى هذا الوجه تأولوا اطعام المساكين العشرة ، فرأوا أنه يجوز اطعام واحد عشر مرات ـ ١٧٧ ـ ، كما يجوز اطعام العشرة مرة واحدة •

١٦٦ ـ حالات اللفظ الخاص :

للفظ الخاص حالات متعددة فقد يرد مطلقا ، وقد يرد مقيدا ، وقد يأتي في صيغة الطلب أي الامر ، وقد يأتي في صيغة النهي •

١٦٧ ـ المطلق والمقيد :

المطلق هو ما دل على فرد شائع غير مقيد لفظا بأي قيد ، مثل مصري• والمقيد هو ما دل على فرد مقيد لفظا بقيد ما ، مثل مصري مسلم •

---

١٧٦ ـ الرأي السائد عند فقهاء المذهب الجعفري وان كان جواز اعطاء قيمة الشاة بدلا عن العين الا ان ذلك لا للتأويل الذي ذكره المؤلف وانما ذلك لأخبار معتبرة دلت على ذلك •

١٧٧ ـ الرأي السائد عند فقهاء المذهب الجعفري عدم جواز ذلك لظهور الدليل في لزوم تعدد الفقير وقد وافقهم في ذلك مالك والشافعي اذ نقل عنهما ابن رشد في كتابه بداية المجتهد الجزء الاول ص ٤١٨ أنهما قالا : لا يجزيه الا أن يطعم عشرة مساكين •

وحكم المطلق أنه يؤخذ على اطلاقه — ١٧٨ — الا اذا قام دليل على تقييده ، فان هذا الدليل المقيد يصرفه عن الاطلاق ويعين المراد منه ، كقوله تعالى « كتب عليكم القصاص في القتل » فانه يفيد اطلاق القصاص في كل قتل متعمد ، ولكنه قيد بقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « لا يقاد والد بولده » فصار المراد من الآية القتل المتعمد الحاصل من غير والد .

واذا ورد اللفظ مطلقا في نص شرعي ومقيدا في نص آخر ، فان كان الحكم الوارد فيهما متحدا ، والسبب الذي بنى عليه الحكم متحداً ، حمل المطلق على المقيد ، وكان المراد من المطلق هو المقيد ، لان ألاختلاف بالاطلاق والتقييد لا يتصور مع اتحاد الحكم وسببه ، ومثل ذلك قوله تعالى في سورة المائدة : « حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير » فلفظ الدم في هذه الآية مطلق وقوله تعالى في سورة الانعام : « قل لا أجد فيما أوحى الى محرما على طاعم يطعمه الا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا أو لحم خنزير» فلفظ الدم في هذه الآية مقيد ، والحكم في الآيتين متحد وهو ألتحريم، وألسبب متحد وهو أكل الدم .

أما اذا اختلف النصان في الحكم أو السبب فلا يحمل المطلق على المقيد ، بل يعمل بكل نص في الحالة التي وضع لها ، لان اختلاف الحكم أو السبب هو علة الاطلاق والتقييد ، مثل قوله تعالى : « ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمه الى أهله » وقوله : « والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا » فالحكم واحد وهو تحرير الرقبة والسبب مختلف ، لأنه في الأولى القتل ، وفي الثانية

---

١٧٨ — اذا كان المتكلم مريدا لافهام مراده ولم يكن يريد اجماله أو اهمال بعض تفاصيله .

المظاهرة ، فاختلاف السبب ترتب عليه تقييد الرقبة بالايمان أي بأن يكون صاحبها مؤمنا تشديدا للعقوبة ، ولم تقيد الرقبة بشيء في حالة المظاهرة ؛ لان الفعل لا يقتضي التشديد فيكتفي فيها بعتق أية رقبة •

١٦٨ ـ صيغة الامر :

اذا ورد اللفظ الخاص في صيغة الامر أو في صيغة الخبر التي تعني الامر فان اللفظ يفيد الايجاب أي الالزام بفعل المأمور به أو المخبر عنه ، كقوله تعالى : « فاقطعوا أيديهما » وقوله : « المطلقات يتربصن » فالاول يوجب قطع يد السارق ، والثاني يوجب تربص المطلقة ثلاثة قروء •

ولكن اذا وجدت قرينة تصرف صيغة الامر عن الايجاب أخذ بما تدل عليه هذه القرينة ، كقوله تعالى : « كلوا واشربوا » فانه للاباحة وقوله : «اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه » فانه للندب ، كالتهديد في قوله : « اعملوا ما شئتم » وكالتعجيز في قوله : « فأتوا بسورة من مثله » وغير ذلك مما تدل عليه صيغة الأمر بالقرائن، فاذا لم توجد قرينةفالامر للايجاب•

١٦٨ م ـ صيغة النهي :

اذا ورد اللفظ الخاص بصيغة النهي او صيغة الخبر التي في معنى ألنهي أفاد التحريم أي طلب الكف عن فعل المنهي عنه على وجه الالزام ، كقوله تعالى : « ولا تقتلوا أولادكم خشية املاق » وقوله : « ومن يرتدد منكمعن دينه فيمت وهو كافر » •

واذا وجدت قرينة تصرف صيغة النهي عن معناها الى معنى آخر أخذ بالمعنى الذيدلت عليه القرينة، مثل قوله تعالى : « رَبَّنا لا تُزِغْ قُلُوبَنا» فهو للدعاء وقوله « لا تسألوا عن أشياء ان تُبْدَ لكم تَسُؤْكم » فهو للكراهة •

الفرع الثاني

فى القواعد التشريعية التي تراعى عند التفسير

١٦٩ — ماهية القواعد التشريعية :

وضع علماء الاصول بعض القواعد التشريعية التي يجب الالمام بها ومراعاتها على كل من يتعرض لتفسير النصوص التشريعية وقد استمدوا هذه القواعد من استقراء الاحكام التي جاءت بها النصوص وعلل هذه الاحكام، ومن المبادىء العامة للشريعة وروح التشريع ، حيث تبين لهم ان الشارع أراد من الشريعة أن يحقق مقاصد عامة ، وأن بعض النصوص شرعت لحماية حقوق الافراد ، والبعض شرع لحماية حقوق الجماعة وحقوق الافراد معا ، فاذا راعى القاضي — ١٧٩ — أو الفقيه هذه الاعتبارات كان له ان يجتهد في معرفة الاحكام ما لم يكن هناك نص صريح ..

١٧٠ — مقاصد الشارع العامة من التشريع الاسلامي :

لم يضع الشارع الاحكام الشرعية اعتباطا ، وانما قصد بها تحقيق مقاصد عامة ، ولا يمكن ان تفهم النصوص على حقيقتها الا اذا عرف مقصد الشارع من وضعها ، لان دلالة الالفاظ والعبارات على المعاني قد تحتمل اكثر من وجه ، والذي يرجح واحدا من هذه الوجوه على غيره هو الوقوف على قصد الشارع . وقد تتعارض النصوص بعضها من بعض فلا يرفع هذا

١٧٩ — ليس للقاضي أن يراعي هذه الامور اذا لم يكن مجتهدا فقيها .

التعارض ولا يوفق بينها الا معرفة ما قصده الشارع منها ، فيجب اذن على كل باحث في التشريع الاسلامي ان يلم قبل كل شيء بمقاصد الشارع من التشريع ، وأن يعرف الوقائع التي نزلت من أجلها نصوص القرآن ، أو وردت فيها السنة لتساعده على فهم النص . وأسباب النزول والورود مبينة في كتب التفسير والسنة ، وقد حصر علماء الاصول مقاصد الشارع العامة من التشريع في ثلاثة مقاصد : —

١٧١ — المقصد الاول :

وهو حفظ كل ضروري للناس في حياتهم.والأمر الضروري هو ما تقوم عليه حياة الناس ولا بد منه لاستقامة مصالحهم ، واذا فقد اختل نظام حياتهم وعمت فيهم الفوضى وانتشر الفساد .

والامور الضرورية ترجع الى خمسة أشياء (١) الدين (٢) ألنفس (٣) العقل (٤) النسل (٥) المال . وقد شرع الاسلام لكل واحد من هذه الضروريات الخمس أحكاما تكفل ايجاده واقامته — ١٨٠ — ، وأحكاما تكفل حفظه وصيانته ، فكل حكم يكفل اقامة هذه الامور الخمسة أو حفظها هو حكم ضروري .

---

١٨٠ — وهذه الاحكام كلها من الدين لان الدين هو الطريق الذي سنه الله لخلقه وأمرهم باتباعه في جميع أحوالهم وشؤونهم فهو شامل لاحكام جميع الامور الضرورية وغيرها وشامل لاحكام ما هو حاجي للناس ولاحكام ما فيه تسهيل لحال الافراد والجماعة .

١٧٢ — المقصـد الثاني :

توفير ما هو حاجي للناس : والأمر الحاجي هو ما يحتاج اليه الناس للتيسير واحتمال مشاق التكليف واعباء الحياة ، واذا فقد لا يختل نظـام حياتهم ولا تعم الفوضى ولكن ينالهم الحرج والمشقة ، فالامور الحاجيـة بهذا المعنى تشمل كل ما يرفع الحرج ، ويخفف مشـاق التكليف ، وييسر طرق التعامل .

١٧٣ — المقصد الثالث :

تحقيق ما فيه تحسين لحال الافراد والجماعة . والامر التحسيني هو ما تقتضيه المروءة والآداب وسير الامور على أحسن منهاج ، واذا فقد لا يختل نظام حياتهم كما اذا فقد الامر الضروري ، ولا ينالهم حرج كما اذا فقـد الامر الحاجي ، ولكن تكون حالهم مستنكرة في تقدير العقول الراجحـة والفطر السليمة .

والامور التحسينية بهذا المعنى ترجع الى مكارم الاخلاق ومحاسن وكل ما يقصد به سير الناس في حياتهم على أفضل الطرق وخير المناهج .

١٧٤ — ترتيب المقاصد العامة من التشريع :

الضروريات هي أهم المقاصد اذ يترتب على فقدها اختلال النظام والامن وشيوع الفوضى ، وتليها في الاهمية الحاجيات ، لانه يترتب على فقدهـا وقوع الافراد والجماعة في الحرج والعسر وتحميلهم المشقات . وتليهـا التحسينية ، وفقدها لا يترتب عليه تقويض النظام . ولا اختلال الأمن ، ولا وقوع الناس في الحرج ، وانما يترتب على فقدها الخروج على ما تستحسنه

العقول ، والبعد عن الكمال الانساني • ومن ثم كانت الاحكام التي شرعت لحفظ الضروريات أحق الاحكام بالمراعاة ، ثم تليها التي شرعت لتوفير الحاجيات وهكذا •

ومن المقرر أنه لا يراعي حكم تحسيني اذا كان في مراعاته اخلال بحكم حاجي ، ولا يراعى حكم حاجي اذا كان في مراعاته اخلال بحكم ضروري — ١٨١ — ولذا أبيح كشف العورة اذا اقتضى هذا علاج أو جراحة؛ لأن ستر العورة أمر تحسيني ، والعلاج أمر ضروري ، وأبيح تناول النجس للتداوي وفي حالة الضرورة ؛ لان المنع من النجاسات تحسيني • والتداوي ودفع الضرر أمر ضروري •

وتجب الفرائض والواجبات على المكلفين ولو شق عليهم ذلك — ١٨٢ —

---

١٨١ — لما كان الحكم الحاجي انما شرع لما يحتاج اليه الناس للتيسير واحتمال مشاق الحياة فلا يعقل ان يخل بحكم ضروري •

١٨٢ — الاحكام الشرعية ضرورية وغير ضرورية على نوعين ، نوع يلزم منه الحرج على غالب الناس كالجهاد والحقوق المالية ، ونوع لايكون حرجيا على المكلف كالصلاة مثلا . وهذا النوع يرتفع عن المكلفين اذا صار حرجيا عليهم لقوله سبحانه وتعالى في سورة الحج ٧٨ (وما جعل عليكم في الدين من حرج) فان معنى هذه الآية المباركة أن أي حكم يكون حرجيا يرفعه الله عن الأمة ولا يكلفهم به ويكون هذا الدليل باصطلاح علماء الاصول حاكما على جميع الادلة ومخصصا لها بصورة عدم الحرج ، أما الاحكام التي يلزم منها الحرج على نوع المكلف كالجهاد والحقوق المالية فلا ترفع بهذه الآية المباركة إلا اذا لزم منها حرج اكثر من الحرج الملازم لها •

لأن الفرائض والواجبات من الضروريات ، ورفع المشقة والحرج أمر تحسيني فلا يراعى التحسيني اذا مس الضروري •

والاحكام الضرورية لا يجوز الاخلال بها الا اذا كانت مراعاتها تؤدي الى الاخلال بضروري أكثر أهمية ، فالجهاد واجب لحفظ الدين ؛ لان حفظ الدين أهم من حفظ النفس ، وشرب الخمر يباح لمن أكره على شربها أو اضطر اليه ؛ لان حفظ النفس أهم من حفظ العقل • واذا كانت وقاية النفس من الهلاك في اتلاف مال الغير ، كان للانسان ان يقي نفسه من الهلاك ويتلف مال غيره ؛ لان حفظ النفس أهم من حفظ المال ــ ١٨٣ ــ •

١٧٥ ــ حقوق الجماعة وحقوق الافراد :

أفعال المكلفين سواء كانت جرائم أو لم تكن ، بعضها حق خالص لله ، أو حق الله فيه غالب • وبعضها حق خالص للمكلف ، أو حق المكلف غالب فيه •

وحين يعبر الفقهاء بما هو حق لله يقصدون ما هو حق للجماعة ، وما

---

١٨٣ ــ فيباح له اتلاف مال الغير ولكن يكون ضامنا له لأن للمال الغير حكمان :

أولهما : حرمة التصرف فيه •

ثانيهما : ضمانه لو تصرف فيه واتلفه •

فاذا توقف حفظ النفس على اتلاف مال الغير فانه يباح له التصرف تكليفا وترتفع حرمة التصرف في مال الغير ولا يرتفع الحكم بالضمان بل يحكم بضمانه لعموم ما دل على ضمان من أتلف مال الغير سواء جاز له الاتلاف أو حرم عليه •

قصد به تحقيق مصلحتها وحفظ النظام العام فيها ، وقد جعلوه حقا لله ؛ لانه لم يقصد بـه نفع فرد معين ، وليس للأفراد حكاما أو محكومين حق اسقاطه أو العفو عنه أو اهمال اقامته .

ويعتبر من حقوق الله الخالصة أي من حقوق الجماعة العبادات ، كالصلاة والصيام والزكاة وغيرها ؛ لأن المقصود بها اقامة الدين ، والدين في التشريع الاسلامي هو أساس نظام الجماعة العام . فكل ما يمس نظام الجماعة العام من عبادات أو غيرها هو حق خالص لله .

ويعتبر من حقوق الله الخالصة ، أي : من حقوق الجماعة ، الضرائب والعقوبات على الجرائم الماسة بالجماعة ، كالزنا والسرقة والحرابة ، والعقوبات التعبدية كالكفارة وغير ذلك مما يمس حقوق الجماعة ويؤثر على أمنها ونظامها وتماسكها وقوتها .

وهناك أفعال تمس حقوق الافراد ولكن حق الجماعة غالب عليها ، كحد القذف ؛ لان الجريمة تمس الاعراض ، ففي العقوبة عليها مصلحة خاصـة للمقذوف كما أن في عدم التبليغ عنها مصلحة خاصة له أيضا ؛ لأن للقاذف أن يثبت صحة القذف ، واثبات ذلك قد يؤدي الى اقامة حد الزنا عـلى المقذوف . ولما كانت الجريمة تمس الاعراض ، وتؤدي الى التنابز والتعادي وتشويه السمعة ، وتلويث الامهات والاولاد ، والتشكيك في نظام الأسرة ، جعل الحد حقا لله ، وغلب حق الله على حق المقذوف بحيث اذا أثبتت الجريمة فليس للمقذوف أن يتنازل أو يعفو ، وان كان له أن يبلغ عن الجريمة .

وهناك أفعال تمس حقوق الجماعة ولكن حق الفرد غالب فيها ، مثـل القتل ، فانه يمس أمن الجماعة ونظامها ، ويمس الافراد مساسا مباشرا ، والعقوبة عليه وضعت لحفظ مصالح الجماعة والافراد ، ولكن أعطى للفرد حق

العفو عن عقوبة القصاص أو عقوبة الدية ، فغلب بذلك حق الفرد على حق الجماعـة (١) .

والافعال التي تمس حقوق الافراد الخالصة هي التي تمس حقوقا ترك للافراد أن يستوفوها أو يتركوها ، كتحصيل الدين ، وحبس العين المرهونة والمطالبة بالتعويض المترتب على فعل الجاني .

ومع أن الفقهاء يقسمون الحقوق الى حقوق لله وحقوق للافراد الا ان الكثيرين منهم يرون بحق . أن كل ما يمس حق الجماعة الخالص أو حـق الافراد الخالص يعتبر حقا لله تعالى أي من حقوق الجماعة ونظامها ، لان كل حكم شرعي انما شرع ليمتثل ويتبع ، ومن حق الله على عباده ان يمتثـلوا أوامره ، ويجتنبوا نواهيه ، ويعملوا بشريعته ، فكل اذن فيه حق لله من هذه الوجهة . واذا قيل ان حكما ما يرتب حقا مجردا للفرد ففي ذلك كثـير من التجاوز . ولا يعتبر هذا القول صحيحا على اطلاقه ، وانما يصح على تغليب حق العبد في الامور الشخصية ، كذلك فان ما يعتبر حقا خالصا لله يمس دون شك مصالح الافراد اما عاجلا أو آجلا ، لأن الشريعة انما وضعت لتحقيق مصلحة العباد .

١٧٦ ـ الاجتهـاد :

الاجتهاد ـ ١٨٤ ـ في الاصطلاح هو بذل الجهد للوصول الى معرفة حكم شرعي

---

(١) راجع الفقرتين ٣٨١ ، ٤٧١ .

---

١٨٤ ـ كثر تعريف الاجتهاد في لسان فقهاء المذهب الجعفري واقدم تعريف له ما ذكره المحقق الحلي في كتاب المعارج فقد عرفه بأنه بذل الجهد في استخراج الاحكام الشرعية ، وأحدث تعريف له ما ذكره استاذنا

من دليل تفصيلي . من الادلة التي يضعها الشارع للدلالة على الاحكام .

والقاعدة أنه اذا كان النص صريحا قطعي الورود والدلالة فلا مجال للاجتهاد فيه ، ويجب تطبيقه بحالته ؛ لانه قطعي الورود ، أي : لاشك في وروده عن الله أو الرسول فليس وروده محل بحث ؛ ولأنه قطعي الدلالة فليس معناه محل بحث . ومن هذا آيات الاحكام المفسرة والمحكمة مثل قوله تعالى : « الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة » فلا مجال للاجتهاد — ١٨٥ — في معاقبة الزاني بالجلد . ولا في عدد الجلدات .

الامام السيد أبو القاسم الخوئي في بحثه في النجف الأشرف بانه ملكة تحصيل الحجج . والوظائف العملية شرعية أو عقلية . وهذا أرجح من التعريف الذي ذكره المؤلف لان عملية الاجتهاد غير منحصرة في استخراج الحكم الشرعي بل هو شامل لمعرفة ما يجب عمله على المكلف حال عدم وجود الدليل الشرعي وما الذي يحكم به الاصل العملي الشرعي او العقلي في ذلك الحال كما ان عمل المجتهد هو تحصيل الحجج الشرعية سواء أوجبت معرفة الحكم الشرعي واصبحت سببا للعلم به أم لم تكن كذلك فلذا لم يأخذ استاذنا السيد الخوئي قيد المعرفة في تعريف الاجتهاد .

١٨٥ — ان الآية المباركة وان كانت صريحة في معاقبة الزاني بالجلد وفي عدد الجلدات الا ان للاجتهاد فيها مجال. أما اولا ففي تحقيق الموضوع وهل هو مطلق الزاني والزانية أو بعض أفرادهما وهذا متوقف على معرفة المراد من اللفظ الموضوع للطبيعة وهل يحمل على جميع الافراد ما لم يقيد أو لا يحمل على الجميع الا مع قرينة تشهد بذلك وعلى القول بلزوم الحمل الموضوع للطبيعة على جميع الافراد فينبغي الفحص

وكذلك — ١٨٦ — لا اجتهاد في كل العقوبات المقدرة ، ومثل الآيات القرآنية المفسرة أو المحكمة السنن المتواترة المفسرة •

أما اذا كان النص ظني الورود أو الدلالة فهو محل للاجتهاد والمجتهد أن يبحث في الدليل من حيث سنده وطريق وصوله الينا ، ومن حيث دلالته

في أنه هل للآية المباركة مقيد أم هي باقية على شمولها وعلى القول بعدم دلالة اللفظ الموضوع للطبيعة على الشمول الا مع قرينة تثبت ارادة الشمول منه ينبغي الفحص في أنه هل هناك قرينة تشهد على العموم أو لا قرينة هناك . وان القرينة العامة التي ذكرها العلماء وأسموها بمقدمات الحكمة هل هي تامة أم ليست بتامة وما الذي يترتب على تماميتها •

وأما ثانيا فيبغي النظر في أن ما دل على لزوم رجم بعض الزناة هل يكون مقيدا لهذه الآية المباركة أو لا يكون مقيدا لها بل يحكم باجتماع العقابين ، وأما ثالثا فينبغي البحث في أن الحكم بالرجم هل هو على نحو الوجوب أو الاستحباب وهذا متوقف على معرفة معنى صيغة افعل ، وهل تدل على الوجوب الا مع القرينة على العدم أو لا تدل على الوجوب الا مع القرينة على الوجوب وعلى تقدير دلالته على الوجوب الا مع القرينة فيبحث المجتهد عن وجود القرينة الدالة على عدم الوجوب كما يبحث على القول بعدم دلالته على الوجوب الا مع قرينة في انه هل هناك قرينة تدل على الوجوب ليحكم بالوجوب مع وجودها وبعدم الوجوب مع عدم القرينة •

١٨٦ — لا يستغني شيء منها عن الاجتهاد كما يظهر ذلك من التعليقة السابقة وكذلك السنن المتواترة المفسرة •

على معناه .

ومجال الاجتهاد واسع فيما لا نص فيه فالمجتهد يبحث الواقعة التي لا نص فيها ليصل لمعرفة حكمها عن طريق القياس — ١٨٧ — ، أو الاستحسان ، أو الاستصحاب ، أو العرف ، أو المصالح المرسلة ، وهذا ممكن في المسائل المدنية والشخصية ، وفي الاجراءات الجنائية ، ولكنه غير ممكن في تقرير الجرائم والعقوبات ، لان الجرائم والعقوبات لا بد فيها من ألنص الصريح.

---

١٨٧ — لا يعتمد فقهاء المذهب الجعفري على جميع الطرق التي ذكرها المؤلف عدا الاستصحاب .

اما القياس فقد مر الكلام فيه كما مر الكلام في العرف وانه ليس طريقا لمعرفة الحكم الشرعي وانما يرجع اليه في فهم الفاظ الكتاب والسنة .

اما الاستحسان فان كان المراد منه ما عن البزدوي من الاحنان من انه العدول عن موجب قياس الى قياس اقوى منه أو هو تخصيص قياس بدليل اقوى فلا يعتمد عليه فقهاء المذهب الجعفري لعدم اعتمادهم على القياس وليس هو من الادلة بنظرهم ليحتاج الى تخصيص أو تقييد والاستحسان على التعريف الاول من افراد القياس وعلى الفرد الثاني مخصص له.وان كان المراد من الاستحسان ما ذكره الشاطبي من المالكية من انه العمل باقوى الدليلين،أو ما ذكره الطوفي من الحنابلة من انه العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل شرعي خاص فهو وان كان مما يقول به الشيعة الجعفرية لانهم يعملون بأقوى الدليلين ويعدلون بالمسألة عن نظائرها لدليل خاص من كتاب أو سنة الا أنه لا مجال له في محل الكلام لان المؤلف فرضه مرجعا فيما

• • • • • • • • •

لا نص فيه والنص هو الدليل • وان كان المراد منه ما عرفه به ابن قدامة ثانيا بعد أن عرفه اولا بما يرجع الى ما نقلناه عن الطوفي من أنه ما يستحسنه المجتهد بعقله وما عرفه به ثالثا من انه دليل ينقدح في نفس المجتهد لا يقدر على التعبير عنه . فيرد عليه انه لا دليل على حجية ما يستحسنه المجتهد بعقله وليس من الادلة الشرعية عقل المجتهد كما لا يصح للمجتهد ان يدخل عقله في معرفة الاحكام الشرعية وانما عليه ان يأخذها من الحجج الشرعية . ويا ليت شعري كيف يكون للمجتهد دليل لا يتمكن من التعبير عنه . وأي دليل هذا وكيف تثبت حجيته !؟ •

واما ان كان المراد بالاستحسان ما عن السرخسي في مبسوطه من تعريفه من انه ترك القياس والاخذ بما هو أوفق للناس ، أو انه طلب السهولة في الاحكام بما يبتلى به الخاص والعام أو انه الاخذ بالسعة ابتغاء الدعة أو انه الاخذ بالسماحة وانتقاء ما فيه الراحة فلا دليل على حجيته اذ ليس من عمل الفقيه أن يختار ما هو أوفق للناس أو ما فيه السهولة او السعة او السماحة أو الراحة إذ ليس من وظائف المجتهد تشريع الاحكام بل وظيفته استخراجها من أدلتها سواء كانت أوفق للناس وكان فيها السهولة والسعة والسماحة والراحة أو لم تكن كذلك •

وقد استدل على الاستحسان بوجوه لا تنهض دليلا على حجيته بالمعنى الذي انكرناه ولقد أجاد في مناقشتها العلامة السيد محمد تقي الحكيم في كتابه الاصول العامة للفقه المقارن فراجع •

ولا يؤخذ فيها بالقياس أو غيره كما ذكرنا قبلا — ١٨٨ — .

وأما المصالح المرسلة فان كانت كما عرفها به بعض الاصوليين بأنها الوصف الملائم لتشريع الحكم الذي يترتب على ربط الحكم به جلب نفع أو دفع ضرر ولم يدل شاهد من الشرع على اعتباره او الغائه . انتهى .

فان حجيتها متوقفة على القطع بوجود ملاك الحكم الشرعي الذي صار سببا لجلب النفع ودفع الضرر .

واما ان كانت كما عرفها به الاستاذ معروف الدواليبي بقوله الاستصلاح في حقيقته هو نوع من الحكم بالرأي المبني على المصلحة وذلك في كل مسألة لم يرد في الشريعة نص عليها ولم يكن لها في الشريعة امثال تقاس بها وانما يبنى الحكم فيها على ما في الشريعة من قواعد عامة ... الخ .

فتكون المصالح المرسلة مأخوذة من الكتاب والسنة فان القواعد العامة في الكتاب والسنة لا ريب في العمل بها والاعتماد عليهما وليست دليلا مستقلا وليست من الحكم بالرأي الذي لا يقول به فقهاء المذهب الجعفري .

١٨٨ — حال الجرائم والعقوبات حال غيرها من الاحكام الشرعية لابد فيها من دليل معتبر ولا يشترط فيها الصراحة بل يكتفى فيها بالظهور ومع عدم الدليل يرجع الى اصول العلمية المثبتة او النافية فلا مانع من الرجوع فيها الى الاستصحاب وبه يحقق موضوع الحد الشرعي ويمكن ان نمثل له بمثال وهو لو زنى انسان ولم نعلم هل انه محصن ليستحق الرجم او ليس بمحصن ليستحق الجلد فان كان سابقا محصنا

١٧٧ ــ كلمة ختامية عن قواعد التفسير :

هذه هي القواعد العامة اللغوية والتشريعية التي وضعها الفقهاء للاهتداء بها في تفسير النصوص ، على القاضي أن يستعين بهـا في تفهم النصوص ، فنستصحب احصانه ونقيم عليه الرجم وان لم يكن كذلك فنستصحب عدم احصانه ونقيم عليه الجلد •

واما القياس فلا يعتمد عليه فقهاء المذهب الجعفري في جميع الاحكام الشرعية •

نعم اذا صار سببا لحصول العلم فان العلم يعتمد عليه من أي سبب حصـل •

وأما الاستحسان فان الرأي السائد عند فقهاء المذهب الجعفري هو عدم الاعتماد عليه كما مر عليك قريبا الا بناء على تفسيره بما نقـل عن الشاطبي من المالكية من انه العمل بأقوى الدليلين فان سيرة فقهاء المذهب الجعفري وان كانت العمل بأقوى الدليلين الا انه لا يكون دليلا مستقلا •

واما المصالح المرسلة فان كان المراد بها المصالح التي يدركها العقل فان الاعتماد عليها متوقف على حصول القطع بها في باب الجـرائم والعقوبات وغيرها ، كما انه لا يصح الاعتماد عليها في جميع ابواب الفقه اذا لم يقطع بها •

واما ان كان المراد منها القواعد العامة فمن البديهي ان فقهاء المذهب الجعفري يعتمدون على كل قاعدة قام عليها دليل شرعي في باب الجرائم والعقوبات وغيرها •

ومعرفة مراميها ، وما يدخل تحتها ، كما أن هذه القواعد تعينه على معرفة النص الواجب التطبيق ، ومدى سلطته في تفسير النص أو اعماله ، أو ابطالـه • واذا كان للقاضي — ١٨٩ — المدني أن يطبق هذه القواعد بتوسع • وان يجعل للقياس والعرف والعدالة وغير ذلك من الاعتبارات مكانا عند تفسير النص وتطبيقه — ١٩٠ — ، الا ان القاضي الجنائي مقيد بأن يحصر اجتهاده في تفسير النص وتطبيقه على الواقعة المعروضة عليه ، فليس له أن يخلق جريمة أو عقوبة من طريق القياس أو العرف أو الاستحسان — ١٩١ — ، ولو كانت الواقعة المعروضة عليه مما ينفر منها الخلق الفاضل — ١٩٢ — . وليس للقاضي

---

١٨٩ — انما يكون للقاضي تطبيق القواعد وتفسيرها اذا كان مجتهدا •

١٩٠ — لا يصح للفقيه الاعتماد على القياس الا اذا حصل له بواسطة القطع بالمراد من هذه القواعد •

واما العدالة فانما هي في تطبيق الاحكام الشرعية كما أمر الشارع •

واما العرف فيرجع الفقيه اليه في فهم معاني الادلة اللفظية التي هو حجة فيها •

١٩١ — لان القياس ليس بحجة مطلقا والعرف انما يكون حجة في فهم الادلة في خلق جريمة او عقوبة خاصة . واما الاستحسان فقد عرفت آنفا عدم اعتماد فقهاء المذهب الجعفري عليه الا اذا كان بمعنى الاعتماد على اقوى الدليلين ويكون حينئذ عملية ترجيح لاحد الدليلين على الآخر ولا يمكن ان يكون سببا لخلق جريمة أو عقوبة جديدة •

١٩٢ — الا اذا حصل له القطع بأن الشارع يكره هذه الواقعة فله أن يحكم بحرمتها واستحقاق العقاب عليها •

الجنائي ان يخالف النص الصريح مهما كانت الظروف والاعتبارات ، وعليه أن يراعي في كل الاحوال مبدأين شرعيين أساسيين : أولهما قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « ادرءوا الحدود بالشبهات » . وثانيهما : قوله : « ان الامام ان يخطيء في العفو خير من أن يخطيء في العقوبة » وسنتكلم عن هذين المبدأين فيما يلي :

١٧٨ – المبدأ الاول :

درء الحدود بالشبهات : القاعدة العامة في الشريعة أن الحدود تدرأ بالشبهات ، والحدود هي العقوبات المقدرة ، ويدخل تحت الحدود العقوبات المقدرة لجرائم الحدود والعقوبات المقررة لجرائم القصاص والدية ، أما العقوبات المقررة لجرائم التعازير فلا تعتبر حدودا، لانها عقوبات غير مقدرة[١]

والاصل في هذه القاعدة قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « ادرءوا الحدود بالشبهات » فعلى هذا الحديث الذي تلقته الامة بالقبول ، وأجمع عليه فقهاء الامصار قامت القاعدة . وقد عمل الصحابة بها بعد وفاة الرسول ، فروي عن عمر بن الخطاب – ١٩٣ – أنه قال : لان اعطل الحدود بالشبهات أحب

(١) راجع الفقرات ٥١ ، ١٠٣ ، ٤٤٠ .

١٩٣ – لا يعتمد فقهاء المذهب الجعفري الا على الروايات المروية عمن يعتقدون بعصمته وهم النبي (ص) واهل بيته المعصومين (ع) وان رويت عن الصحابة مالم تكن متصلة بالنبي (ص) .

ان الشيعة الامامية مع احترامهم للصحابة واعتقادهم ان الصحبة الحقيقية للنبي (ص) من أعظم ما يوجب الرفعة والجلال الا أنه لم يثبت عندهم عصمة الصحابة بل ولا اجتهادهم وعدالتهم ولو ثبت اجتهاد بعضهم وعدالته فانما يكون رأيه حجة على خصوص مقلديه اذ

لي من أن أقيمها بالشبهات .

وروي عن معاذ وعبد الله بن مسعود وعقبة بن عامر أنهم قالوا : اذا اشتبه عليك الحد فادرأه . وليس في الفقهاء من ينكر قاعدة الحدود بالشبهات الا الظاهريون فانهم يرون أن الحد لا يحل درؤه بالشبهة ، ولا يسلمون بصحة ما روي عن الرسول والصحابة (١) .

والآثار الكثيرة المروية عن الرسول والصحابة تؤيد صحة هذه القاعدة — ١٩٤ — ، من ذلك أنه لما جاء ماعز معترفا بالزنا للرسول قال عليه السلام : « لعلك قبّلت ، لعلك لمست ، لعلك غمزت » كل ذلك يلقنه أن يقول نعم بعد اقراره بالزنا . وجيء له بسارق معترف بالسرقة فقال له : « أسرقت ما اخاله سرق ؟ » ولما جاءته الغامدية مقرة بالزنا ، قال لها نحوا من ذلك .

(١) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١٣٩ .

لا يمكن لمجتهد ان يستدل برأي مجتهد آخر ، فما روي عن عمر بن الخطاب وغيره من الصحابة لا يكون دليلا عند فقهاء المذهب الجعفري .

١٩٤ — المستفاد من الحديث الذي مر علينا قريبا ولبيان صحة تأييد ما سيذكره المؤلف من الآثار لهذه القاعدة لابد من شرح هذه القاعدة المباركة وذلك بشرح الرواية التي هي الاساس لها على نحو الاجمال فنقول بعد الاستعانة بالله سبحانه وتعالى ان المعاني المحتملة للحديث المبارك (تدرأ الحدود بالشبهات) أحد أمور ثلاثة :

اولها : ان يكون المراد ان الفاعل للجريمة لو كان لديه شبهة يتوهم لأجلها اباحة الفعل فان ذلك يكون دارئا للحد ورافعا له .

ثانيها : ان يكون المراد ان الحاكم اذا لم يقطع بالجريمة وحصلت عنده شبهة في وقوعها فانه لا يصح له اقامة الحد على المتهم .

. . . .

ثالثها : أن يكون المراد كلا المعنيين . ومن البديهي ان ألعبارة إذا أمكن ان يراد بها كلا المعنيين فلا تخصيص باحدهما ما لم تكن ظاهرة ولو بواسطة قرينة خارجية في أحد المعنيين ، ولكن الظاهر من الرواية خصوص المعنى الاول لان ظاهر قوله (ع) الحدود تدرأ بالشبهات ان سبب الحد ثابت وان الشبهة تكون رافعة له ، والشبهة عند الحاكم تمنع من تحقق موضوع الحد خارجا فلا بد وأن يراد به الشبهة في مقام العمل .

ثم ان الشبهة عند الحاكم ان اجتمعت مع الثبوت الشرعي فلا يمنع من اقامة الحد على المجرم باتفاق كلمة علماء المسلمين ولـو كانت الرواية شاملة للشبهة عند الحاكم أو مختصة بها لما جاز للحاكم اقامة الحد ولم يذهب الى ذلك احد من المسلمين ولو لم تجتمع الشبهة مع الثبوت الشرعي فلا ريب في عدم اقامة الحد الشرعي بلا حاجـة الى هذه القاعدة ولا يمكن تخصيص القاعدة بهذه الصورة لان ظاهرها تأسيس حكم لم يكن لولاها .

وقد ظهر مما ذكرناه ان الآثار التي استشهد بها المؤلف على القاعدة لا مساس لها بها لان تشكيك النبي العظيم (ص) والامام علي (ع) انما كان لأجل التأكد من اقراره خشية ان يكون اقراره تسرعا وتخيلا ولما لم يكن الاعتراف الواحد كاف لاثبات حد الزنا ولا حد السرقة يشترط في الاول تكراره أربعة . وفي الثاني تكراره مرتين فلا يثبت كل منهما بالاعتراف الاول فلا يكون تشكيك بعد الثبوت كمـــا هو واضح .

فهذه جرائم من جرائم الحدود كان الدليل الوحيد فيها على الجريمة هو الاقرار وكان الرسول يلقن المقر أن يعدل عن اقراره . ولو لم يكن للعدول أثره في درء الحد لما أوحى به الرسول للمقر . أما كيف يدرأ العدول الحد فذلك أن الاقرار هو الدليل الوحيد في القضية . والعدول عن الاقرار شبهة في عدم صحة الاقرار . والحدود تدرأ بالشبهات .

ولما جاءت شراحة الهمدانية معترفة بالزنا لعلي رضى الله عنه قال لها : لعله وقع عليك وأنت نائمة ؟ لعله استكرهك ؟ لعل مولاك زوجك منه وأنت تكتمينه؟ وماكان علي يقصد من هذه الاسئلة الا ما قصده الرسول عليه السلام .

ومن أجل ذلك يرى بعض الفقهاء — ١٩٥ — انه يستحب للقاضي أن يعرض للمقر بالرجوع عن الاقرار اذا لم يكن ثمة دليل الا الاقرار [١] .

١٧٩ — تعريف الشبهة :

الشبهة هي ما يشبه الثابت وليس بثابت [٢] — ١٩٦ — أو هي وجود

(١) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١٢١ .

(٢) لا يقصد بالثبوت ثبوت الفعل فقط ، وانما يقصد بالثبوت معناه العام . فيشمل ثبوت الفعل وثبوت الحكم . شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١٤٠ .

١٩٥ — ان فقهاء المذهب الجعفري وان قالوا باستحباب ذلك الا انه ليس للقاعدة المذكورة كما عرفت من اختصاصها بعروض الشبهة للفاعل وانما ذهبوا الى ذلك اقتداءا بسيرة النبي (ص) ووصيه أمير المؤمنين علي عليه السلام .

١٩٦ — بل ما يعتقد بثبوته وهو ليس بثابت ولا يكون من الشبهة الدارئة للحد لو أتى المحرم بما يشبه المباح وهو ليس بمباح واقعا مع علمه

المبيح صورة — ١٩٧ — مع انعدام حكمه أو حقيقته [١] ، ومن الامثلة على الشبهة : (١) شبهة الملك في سرقة الملك المشترك . فمن سرق مالا يشترك فيه مع آخر يدرأ عنه الحد — ١٩٨ — ، لان السرقة هي أخذ مال الغير خفية ، ولأنه لم يأخذ مالا خالصا للغير وانما أخذه متلبسا بما له (٢) وشبهة الملك في سرقة الاب من ابنه ، فالاب حين يأخذ خفية مال ولده ينطبق عليه تعريف السرقة ، ويستحق عقوبة القطع ، ولكن الحد يدرأ عن الاب لشبهة تملك مال الولد ، وهذه الشبهة أساسها قول الرسول صلى الله عليه وسلم « أنت ومالك لابيك » . (٣) وشبهة الملك في اللواط بالزوجة ، فاتيان الزوج زوجته في دبرها محرم — ١٩٩ — ، ويعتبره الفقهاء زنا ، ولكنهم يدرءون الحد عنه ،

(١) المغني الجزء العاشر ص ١٥٢ .

بعدم اباحته كما لو عقد على من لا يجوز العقد عليها مع علمه بعدم تأثير هذا العقد في جواز الدخول بها ثم دخل بها فان العقد لا يكون دارئا لحد الزنا عنه .

١٩٧ — مع اعتقاد الفاعل في كونه مؤثرا في الاباحة والا فلا يكون رافعا للحد كما مر تفصيله آنفا .

١٩٨ — اذا كان يعتقد جواز ذلك له والا فمجرد الشركة لا يمنع من اقامة الحد مع اجتماع بقية الشرائط .

١٩٩ — مر آنفا اختلاف فقهاء المسلمين في حرمة وطيء الزوجة في دبرها وكراهته وحتى على القول بالحرمة فهو ليس من الزنا لانه كل وطيء وقع على غير نكاح صحيح فلا ينطبق عليه وان كان حراما وعلى القول بالحرمة فيكون حاله حال وطيء المرأة الحائض في فرجها فانه وان كان حراما الا انه ليس بزنا لكونه وطيء مسبوق بعقد صحيح وانما

لان الزواج يجعل الزوجة في ملك الزوج ــ ٢٠٠ ــ ، ويعطيه حق التمتع بكل جسمها ــ ٢٠١ ــ ، فتملك الزوج للزوجة يقوم شبهة في أن له أن يلوط بها ــ ٢٠٢ ــ وقيام هذه الشبهة يستوجب درء الحد ــ ٢٠٣ ــ .

ومن الامثلة على الشبهة : شبهة عدم الثبوت ، فمن أقر بارتكابه جريمة من جرائم الحدود ولم يكن دليل الا اقراره وجب عليه الحد بالاقرار ، فاذا عدل عن اقراره كان العدول شبهة في عدم الثبوت ، لاحتمال أن يكون اقراره غير صحيح ، وترتب على قيام هذه الشبهة درء الحد ــ ٢٠٤ ــ . ومثل ذلك

وقع في زمان منهي عنه فلذا لم يذهب احد من فقهاء المسلمين الى لزوم اقامة الحد عليه .

٢٠٠ ــ ليس من آثار الزوجية ملكية الزوج للزوجة وانما هي علاقة بين الزوجين تجعل الزوج يستحق الاستمتاع المشروع بزوجته .

ولو سلمنا الملكية فيكون حال الزوجة حال العبد المملوك فاذا قلنا بحرمة اتيانها من دبرها فيكون كما لو أتى عبدا يملكه أو بهيمة يملكها فكما انه يستحق العقاب هناك يستحقه هنا .

٢٠١ ــ مر آنفا ما في هذه الدعوى .

٢٠٢ ــ مر آنفا ان اللواط اتيان الذكر فلا يصدق على اتيان المرأة في دبرها .

٢٠٣ ــ اذا قلنا بالحرمة وصدق الزنا على وطيء المرأة في دبرها فلا رافع للحد الا اعتقاد الفاعل الجواز لما مر من تعريف الشبهة سواء كان اعتقاد الجواز كما ذكره المؤلف من وجوه أو لامور اخرى .

٢٠٤ ــ ليس الانكار بعد الاقرار من موارد الشبهة كما عرفت من أن المراد منها الشبهة عند العامل بمعنى ان العامل يظن عدم حرمة الفعل أو يعتقد جوازه فلا يدرأ الحد في المقام لاجل الشبهة بنظر فقهاء المذهب

يقال عن عدول الشهود اذا لم يكن دليل الا الشهود .

واذا كان الفقهاء قد اتفقوا على درء الحدود بالشبهات ألا أنهم لا يتفقون على كل الشبهات . فهناك ما يراه البعض شبهة صالحة للدرء بينما لا يراه البعض الآخر شبهة . والامثلة على ذلك كثيرة :

فمن وجد امرأة في فراشه فوطئها ظنا منه أنها امرأته دريء عنه الحد عند مالك والشافعي وأحمد (١) ، لانهم يرون في وجود المرأة على فراش الرجل شبهة تؤيد دعواه في أنه ظنها امرأته . أما أبو حنيفة (٢) فلا يرى في وجود المرأة على فراش الرجل شبهة. لانه قد ينام على الفراش غير الزوجة — ٢٠٥ — من اقاربها أو زائراتها .

ومن تزوج امرأة من محارمه يدرأ عنه الحد عند أبي حنيفة . فلا يحد حد الزنا لشبهة العقد . ويخالفه في ذلك أبو يوسف ومحمد (٣) . ويريان

١) أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٢٦ — شرح الزرقاني الجزء الثامن ص ٧٨ — المغني الجزء العاشر ص ١٥٥ .

٢) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١٤٧ .

٣) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١٤٧ .

الجعفري وان ذهب بعضهم الى اسقاط الحد اعتمادا على روايات توهموا دلالتها على ذلك وفرق بعضهم بين الحدود فقالوا باسقاط الحد اذا كان رجما وعسه بعضهم لكل حد يوجب التلف وعدم سقوطه اذا لم يكن كذلك .

٢٠٥ — امكان نوم غير الزوجة في الفراش لا يمنع من درء الحد اذا تخيل الشخص أن النائمة في الفراش زوجته فيكون مشمولا للحديث المبارك .

ما يراه مالك والشافعي وأحمد من أن الحد لا يدرأ لشبهة العقد ما دام الجاني عالما بالتحريم [١] — ٢٠٦ — .

وكل نكاح أجمع على بطلانه كنكاح الخامسة ، أو المتزوجة ، أو المعتدة أو المطلقة ثلاثا ، يدرأ فيه أبو حنيفة الحد ، ولو كان الجاني عالما بالتحريم ؛ لأن العقد في رأي أبي حنيفة شبهة ، والشبهة تدرأ الحد [٢] . ولا يرى مالك والشافعي وأحمد درء الحد في هذه الحالات ؛ لانهم لا يعتبرون العقد شبهة [٣] .

ويرى أبو حنيفة أن من يستأجر امرأة للزنا لا يحد لشبهة العقد ، ويخالفه في هذا أبو يوسف ومحمد ، حيث يريان ما يراه مالك والشافعي واحمد [٤] .

وهو أن لا يدرأ الحد لشبهة العقد ؛ لأنه عقد لا تستباح به المرأة . وحجة أبي حنيفة أن العقد عقد منفعة ؛ وأن الزاني يستوفي بالزنا منفعة

---

(١) شرح الزرقاني الجزء الثامن ص ٧٦ — أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٢٧ — المغني الجزء العاشر ص ١٥٤ .

(٢) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١٤٣ ، ١٤٨ ، ١٤٩ .

(٣) شرح الزرقاني الجزء الثامن ص ٧٦ ، ٧٧ ، ٨٠ — أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٢٦ المغني الجزء العاشر ص ١٥٤ .

(٤) شرح الزرقاني الجزء الثامن ص ٧٦ — أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٢٧ .

---

٢٠٦ — لا تصدق الشبهة الدارئة للحد في المقام لاختصاصها بما اذا احتمل الفاعل الجواز كما مر علينا قريبا كما لا تصدق الشبهة الدارئة للحد في النكاح الباطل والاستئجار للزنا أو كون المسروق مما يسرع اليه الفساد أو كون المسروق بابا للجامع لصدق السرقة ما لم يحتمل الجواز .

فأورث العقد شبهة (١) .

ويدرأ أبو حنيفة الحد في سرقة ما هو مباح الاصل ، كسرقة الماء بعد احرازه والصيد بعد صيده ، لان كليهما في أصله مال مباح ، وفيه شركة عامة « والاباحة الاصلية تورث شبهة في بقاء المال مباحا بعد احرازه ، والشركة العامة تورث شبهة في بقاء الشركة قائمة بعد احراز المال (٢) . أما مالك والشافعي وأحمد فلا يدرءون الحد ، لانهم لا يرون شبهة في كون المال مباح الاصل (٣) .

ويجعل أبو حنيفة التفاهة شبهة في المال تدرأ الحد عن سارقه ، ويرتب على ذلك أن لا قطع في التراب والطين والجص والتبن وأشباهها . ولا قطع في التبن والحشيش والقصب والحطب وأشباهها ، وحجته أن الناس لا يتمولون هذه الاشياء عادة ، ولا يضنون بها لعدم عزتها ، وقلة خطرها ، ويعدون الظن بها من باب الخساسة ، ويعتمد أبو حنيفة على عرف الناس وعاداتهم في بيان الشيء التافه ، ولكنه يسلم بأن الشيء التافه قد يصبح بالصناعة ذا قيمة ، كالقصب يصنع منه النشاب ، فاذا أخرجت الصناعة الشيء التافه عن تفاهته كان القطع واجبا في سرقته . ويخالف أبو يوسف أبا حنيفة ، ويروي أن الحد لا يدرأ الا في سرقة التراب والسرجين ، ولا يدرأ فيما عداهما ما دام المسروق مالا متقوما ، ودليل التقوم والمالية عنده هو جواز البيع والشراء في المال . ويخالف مالك والشافعي وأحمد مذهب أبي حنيفة ولا يرون شبهة في تفاهة

---

(١) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١٤٨ .

(٢) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ٣٢٧ .

(٣) شرح الزرقاني الجزء الثامن ص ٩٥ — أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٤١ — المغني الجزء العاشر ص ٢٤٧ .

المال ما دامت قيمته تبلغ النصاب (١) .

ويدرأ أبو حنيفة الحد في سرقة ما يتسارع اليه الفساد ، كالطعام الرطب والبقول واللحم والخبز وما أشبه ، ويخالفه في ذلك أبو يوسف ، ويأخذ برأي مالك والشافعي وأحمد ، وهم لا يرون شبهة في كون المسروق مما يتسارع اليه الفساد (٢) .

ولا يرى ابو حنيفة القطع في سرقة باب المسجد لشبهة عدم تحريزه(٣) . ويرى مالك والشافعي وأحمد القطع في سرقة باب المسجد ، لانه محرز ولا شبهة في عدم تحريزه (٤) .

١٨٠ — أنواع الشبهة :

اهتم الفقهاء الشافعيون والحنفيون بتقسيم الشبهة وبيان أنواعها المختلفة ، أما الفقهاء المالكيون والحنابلة فقد اكتفوا بالتعرض للشبهة واحدة بعد أخرى بصفة عامة كلما استلزم ذلك الامر .

وقد قسم الشافعية الشبهة ثلاثة أنواع :

١ — شبهة في المحل ، كوطء الزوجة الحائض أو الصائمة ، أو اتيان الزوجة في دبرها ، فالشبهة هنا قائمة في محل الفعل المحرم ؛ لان المحل مملوك للزوج ومن حقه أن يباشر الزوجة ، واذا لم يكن له أن يباشرها وهي

(١) المراجع المذكورة في رقمي ٢ ، ٣ وبدائع الصنائع الجزء السابع ص ٦٧ ، ٦٨ .

(٢) المراجع السابقة .

(٣) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ٢٣٠ .

(٤) شرح الزرقاني الجزء الثامن ص ٩٩ — اسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٤٠ — المغني الجزء العاشر ص ٢٥٥ .

حائض أو صائمة أو أن يأتيها في الدبر ، الا أن ملك المحل للزوج وحقه عليه يورث شبهة، وقيام هذه الشبهة يقتضي درء الحد سواء اعتقد الفاعل بحل الفعل أو بحرمته ، لأن أساس الشبهة ليس الاعتقاد والظن — ٢٠٧ — وانما أساسها محل الفعل وتسلط الفاعل شرعا عليه .

٢ — شبهة في الفاعل . كمن يطأ امرأة زفت اليه على أنها زوجته ، ثم تبين أنها ليست زوجته ، فأساس الشبهة ظن الفاعل واعتقاده ، بحيث يأتي الفعل وهو يعتقد أنه لا يأتي محرما ، وقيام هذا الظن عند الفاعل يورث شبهة يترتب عليها درء الحد ، فاذا أتى الفاعل الفعل وهو عالم بأنه محرم فلا شبهة .

٣ — شبهة في الجهة ، ويقصد من هذا التعبير الاشتباه في حل الفعل وحرمته وأساس هذه الشبهة الاختلاف بين الفقهاء على الفعل ، فكل مااختلفوا على جوازه أو حله يقوم الاختلاف فيه شبهة ، ويدرأ فيه الحد ، فمثلا يجيز أبو حنيفة النكاح بلا ولي ، ويجيز مالك النكاح بلا شهود ، ويجيز ابن عباس نكاح المتعة ، ومن ثم فلا يعتبر الوطء في هذه الانكحة المختلف عليها زنا يحد عليه ، بل يقوم الخلاف شبهة تدرأ الحد ، ولو كان الفاعل يعتقد بحرمة الفعل — ٢٠٨ — ، لان هذا الاعتقاد في ذاته ليس له أثر ما دام العلماء مختلفين على الحل والحرمة (١) .

---

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٦ .

---

٢٠٧ — بل هو الاساس كما مر علينا قريبا فلا يدرأ الحد الا معه .

٢٠٨ — الظاهر لزوم اقامة الحد عليه من قبل الحاكم الشرعي اذا كان عالما بالحرمة ولو ظاهرا لتحقق موضوع الزنا بنظره مع عدم شبهة تكون سببا لدرء الحد عنه ومجرد الاختلاف في الحكم لا يكون سببا لدرء الحد مالم يكن سببا لحدوث الشبهة عند الفاعل .

ويقسم الحنفية الشبهة قسمين :

الاول : الشبهة في الفعل (١)، ويسمونها أيضا شبهة اشتباه ، وشبهة مشابهة ، وهي شبهة في حق من اشتبه عليه الفعل دون من لم يشتبه عليه . وتثبت هذه الشبهة في حق من اشتبه عليه الحل والحرمة — ٢٠٩ — ، ولم يكن ثمة دليل سمعي يفيد الحل ، بل ظن غير الدليل دليلا ، كمن بطأ زوجته المطلقة ثلاثا في عدتها (٢).

ويشترط لقيام الشبهة في الفعل أن لا يكون هناك دليل على التحريم أصلا ، وأن يعتقد الجاني الحل ، فاذا كان هناك دليل على التحريم ، أو لم يكن الاعتقاد بالحل ثابتا فلا شبهة أصلا .

الثاني : الشبهة في المحل ، ويسمونها الشبهة الحكمية أو شبهة الملك. ويشترط في هذه الشبهة أن تكون ناشئة عن حكم من أحكام الشريعة . فالسرقة محرمة بنص القرآن حيث قال الله تعالى : والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما » والرسول صلى الله عليه وسلم يقول : « أنت ومالك لأبيك » فالنص الثاني يقوم بذاته شبهة على تطبيق حكم النص الاول الذي يحرم السرقة

(١) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١٤٠ ، ١٤١ .

(٢) يحصر الحنفيون شبهة الفعل في ثمانية مواضع في جريمة الزنا ، احدها اتيان المطلقة ثلاثا أثناء العدة ، والائمة الثلاثة يخالفون الحنفيين ، ولا يرون شبهة في هذه المواضع ، ومن ثم فهم لا يعترفون بشبهة الفعل في جريمة الزنا .

٢٠٩ — فاعتقد جواز الفعل فان اعتقاد الجواز يدرء عنه الحد سواءا كان هناك دليل سمعي أم لم يكن وحتى اذا كان هناك دليل على تحريم الفعل الذي اعتقد اباحته .

ويعاقب عليها بالقطع ، لأن النص الثاني يجعل الولد وماله ملكا للاب ، فاذا سرق الاب مال ولده فقد سرق ماله حكما ، فالشبهة في المحل أو الشبهة الحكمية تتحقق بقيام دليل شرعي ينفي الحرمة ولا عبرة بظن الفاعل — ٢١٠ — فيستوي ان يعتقد الفاعل أنه يسرق ، أو يعتقد أنه لا يسرق ، لان الحرمة مشكوك فيها بقيام دليل الحل (١) .

ويضيف أبو حنيفة نوعا ثالثا من الشبهات ، وهي شبهة العقد ، فعنده أن الشبهة تثبت بالعقد ولو كان العقد متفقا على تحريمه وكان الجاني عالما بالتحريم — ٢١١ — ، ولكن أصحابه وباقي الأئمة الاربعة يخالفونه في هذا ولا يرون العقد شبهة الا اذا كان الجاني يظن الحل ويعتقده .

وعلى هذا تكون الشبهة على رأي ابي حنيفة على ثلاثة أنواع : شبهة الفعل وشبهة المحل ، وشبهة العقد .

١٨١ — ما يترتب على درء الحدود بالشبهات :

تختلف النتائج التي تترتب على الاخذ بقاعدة درء الحدود بالشبهات ، ففي بعض الاحيان يؤدي تطبيق القاعدة الى درء عقوبة الحد وتبرئة المتهم من الجريمة المنسوبة اليه ، وفي بعض الاحيان يؤدي تطبيق القاعدة الى درء عقوبة الحد واحلال عقوبة تعزيرية محلها .

(١) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١٤١ ، ١٤٢ .

٢١٠ — بل العبرة باعتقاده فلا تكون الشبهة المذكورة دارئة للحد ما لم يعتقد الفاعل الجواز ولو ظاهرا .

٢١١ — لا أثر للعقد مع علم الجاني بالتحريم ولا يكون موجبا لدرء الحد كما أشرنا الى ذلك قريبا .

ويكفي دليلا لهم اطلاق قولــه سبحانه وتعالى (أو فوا بالعقــود) المائدة (١) فان اطلاق هذه الآية المباركة تدل على لزوم عقد النكاح ولو بدون شاهدين وقد استدل على اشتراط الشهادة بما روي عن ابن عباس أنه قال : لا نكاح الا بشاهدي عدل وولي مرشد ، ويرد على الاستدلال بهذا الخبر أمران أولهما : ان ابن عباس لم يسند هــذا الكلام الى النبي العظيم (ص) فلعله كان رأيــه واجتهاده ، ورأي المجتهد لا يكون دليلا لبقية المجتهدين انما يكون حجة على خصوص مقلديه .

وثانيهما ان هذا الخبر ولو سلم كونه مروى عن النبي (ص) فان ضعف سنده يمنع من الاعتماد عليه كما يشهد لذلك ما ذكره ابن رشد في كتابه بداية المجتهد الجزء الثاني ص ١٧ بعد نقله الحديث السابق قد روى مرفوعا ذكره الدارقطني وذكر أن في سنده مجاهيل ، ويشهد لعدم اشتراط الشهادة ما روي من أن جحش بن رباب من بني أسد خطب الى رسول الله (ص) آمنة بنت عبد المطلب فزوجه اياهــا ولم يشهد ، والغريب من ابن رشد أن يدعي أن لا مخالف لهذا الحكم من الصحابة مع أن الخلاف ينسب الى جماعة منهم والمصنف نفسه ذكر في آخر البحث ما نصه : وقال ابو ثور وجماعة ليس الشهود من شرط النكاح لا شرط صحة ولا شرط تمام وفعــل ذلك الحسن بن علي ، روى عنه انه تزوج بغير شهادة ثم أعلن بالنكاح ، والامام الحسن من اعلام الصحابة وسادات أهل البيت .

وأما النكاح بدون ولي فلا ريب عندنا في بطلانه اذا كانت الزوجة

• • • • • • • • •

صغيرة كما لا خلاف في صحته بين فقهاء المذهب الجعفري اذا كانت الزوجة بالغة رشيدة ثيبة . اما البالغة الرشيدة الباكرة فقد اختلف في حكمها فقاء المذهب الجعفري فقال قوم بصحة نكاحها بغير ولي وانكر ذلك آخرون والرأي الراجح الذي أذهب اليه أن لها ان تزوج نفسها بغير ولي كما لابيها تزويجها ويدل على جواز استقلالها بالزواج الخبر الصحيح المعتبر المروي عن الامام محمد بن علي الباقر (ع) انه (ع) قال « المرآة التي ملكت نفسها غير السفيهة ولا المولى عليها تزويجها بغير ولي جائز » ، ويدل على صحة تزويج الاب لها قول أحد أئمة أهل البيت البيت (ع) في حديث معتبر .

يستأمرها كل أحد ما عدا الاب ولا مجال لتفصيل الكلام في هذه التعليقة ولقد فصلنا الكلام في ذلك في كتابنا الفقهي الكبير شرح بلغة الراغبين .

واما نكاح المتعة فقد ذهب فقهاء المذهب الجعفري الى القول بمشروعيته وصحته ، ويكفي دليلا على ذلك قوله سبحانه وتعالى في سورة النساء ٢٤ « فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة» ووافقهم في ذلك جماعة من الصحابة والتابعين فانه ذكر استاذنا الامام الخوئي في تفسير البيان ما يأتي :

فانه نقل عن ابن حزم انه قال ثبت على اباحتها — أي المتعة — بعد رسول الله (ص) ابن مسعود ومعاوية وابو سعيد وابن عباس وسلمه ومعبد ابناء أمية ورواه جابر عن جميع الصحابة مدة رسول الله (ص) وابي بكر وعمر الى آخر خلافة عمر ثم قال ومن التابعين طاووس

ويبرأ المتهم من الجناية المنسوبة اليه في ثلاث حالات : الاولى : اذا كانت الشبهة قائمة في ركن من أركان الجريمة ، فمن زفت اليه غير زوجته فأتاها على اعتقاد أنها زوجته ، لا يعاقب على الزنا بعقوبة الحد ، ولا بعقوبة تعزيرية ، وانما يحكم ببراءته ؛ لانعدام القصد الجنائي لديه ، والقصد الجنائي ركن من أركان جريمة الزنا . ومن أخذ خفية مالا له وهو يعتقد انه مال الغير لا يعاقب على السرقة حدا ولا تعزيرا ؛ لانعدام ركن من اركان الجريمة — ٢١٢ — ، وهو كون المال مال الغير . الثانية : ان تكون الشبهة قائمة في انطباق النص المحرم على الفعل المنسوب للمتهم ، فمن تزوج بلا شهود أو بلا ولي ، أو تزوج زواج متعة ، لا يعاقب حدا ولا تعزيرا اعتباره زانيا ؛ لان العلماء اختلفوا في هذه الانكحة فأحلها بعضهم ، وحرمها البعض الآخر — ٢١٣ — ، وهذا الاختلاف معناه الشك في انطباق نص الزنا على هذه

٢١٢ — لم يصدر منه الا ما يسمى باصطلاح فقهاء المذهب الجعفري بالتجري وهو عبارة عن اتيان فعل مباح يعتقد الفاعل حرمته ، وقد اختلف فقهاء المذهب الجعفري في استحقاق فاعله العقاب وعدم استحقاقه ومن المسلم ان مثل هذا الفعل يكشف عن خبث الفاعل وسوء سريرته وعزمه على عصيان الله سبحانه وتعالى . ولما كان من واجبات الحاكم الاسلامي تأديب الناس وتوجيههم واصلاحهم فاذا كان من الممكن للحاكم اصلاح هذا الفاعل ولو بتعزيره فلا ريب أن ذلك من أعماله وان لم تصدر منه جريمة لما اشرنا اليه آنفا من أن غير المجرم قد يعاقب اذا اقتضت المصلحة العامة ذلك كما في سجن النبي (ص) للمتهم بالسرقة مع عدم ثبوت الجرم عليه .

٢١٣ — اما الزواج بدون شاهدين فقد قال فقهاء المذهب الجعفري بصحته .

• • • • • • • • •

وسعيد بن جبير وعطاء وسائر فقهاء مكة ونسب شيخ الاسلام المرغيناني القول بجواز المتعة الى مالك مستدلا عليه بقوله لان نكاح المتعة كان مباحا فيبقى الى ان يظهر ناسخه ، ونسب ابن كثير جوازها الى احمد بن حنبل عند الضرورة في رواية ، وقد تزوج ابن جريج أحد الاعلام وفقيه مكه في زمنه سبعين امرأة بنكاح المتعة الخ ما افاده في تفسيره •

وقد ادعى نسخها بأخبار لم يثبت اعتبارها ولا يمكن اثبات النسخ بها لكونها من أخبار الآحاد وقد أجمع المسلمون على عدم نسخ الكتاب بخبر الواحد •

كما ادعى نسخها بقوله تعالى في سورة الطلاق ٦٥ « يا أيها النبي اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن » وبقوله سبحانه وتعالى في سورة النساء ١٢ « ولكم نصف ما ترك أزواجكم » ومن الواضح ان النسخ متوقف على المعارضة بين الآيتين ولا معارضة بينهما ، فان الآية الاولى لا دلالة فيها على أنه لا زواج بلا طلاق لتعارض آية المتعة وتكون ناسخة لها ، كما أن ما دل على ان لا ارث للمتمتع بها تكون مفسرة لآية الارث ومخصصة لها بالزواج الدائم غير المنقطع المسمى بالمتعة• وكيف تكون آية المتعة منسوخة ويخفى النسخ على أمير المؤمنين علي (ع) على ما يروي عنه ابن جرير الطبري في تفسيره ، وابو يعلي في مسنده ، وابو داوود في ناسخه « لولا ما سبق من رأي عمر بن الخطاب لأمرت بالمتعة ثم ما زنى الا شقي » •

وكيف يخفى على ابن عباس وهو القائل على ما في كتاب أحكام

• • • • • • • • •

القرآن للجصاص « رحم الله عمر ، ما كانت المتعة الا رحمة من الله تعالى ، رحم بها أمة محمد ولولا نهيه لما احتاج الزنا الا شقي »
وكيف يخفى على ابن مسعود وهو القائل على ما في صحيح البخاري قال « كنا نغزوا مع رسول الله (ص) ليس معنا نساء قلنا ألا نستخص فنهانا عن ذلك ثم رخص لنا ان ننكح المرأة بالثوب الى اجل ثم قرأ عبد الله : يا أيها الذين آمنوا لا تحرموا ما أحل الله لكم ولا تعتدوا ان الله لا يحب المعتدين . انتهى » .

فان قراءته للآية المباركة تدل على ان تحريم المتعة لم يكن من الله ولا من رسوله وانما هو أمر حدث بعد رسول الله (ص) .

بل ان نسبة عمر الحرمة الى نفسه دالة على عدم كون الآية منسوخة ففي كتاب سنن البيهقي ج ٧ باب نكاح المتعة ص ٢٠٦ روى ابو نضرة عن جابر بن عبد الله الانصاري قال نضرة قلت ان ابن الزبير ينهى عن المتعة وان ابن عباس يأمر بها قال جابر : على يدي جرى الحديث تمتعنا مع رسول الله (ص) ومع ابي بكر فلما ولي عمر خطب الناس فقال : ان رسول الله (ص) ، هذا الرسول وان القرآن هذا القرآن وانهما كانتا متعتان على عهد رسول الله وأنا أنهى عنهما وأعاقب عليهما احداهما متعة النساء ، ولا اقدر على رجل تزوج متعة امرأة الى أجل الا غيبته بالحجارة .

ثم قال البيهقي : اخرجه مسلم من وجه آخر عن همام وروى نظير ابو صالح كاتب الليث في نسخته والطحاوي ورواه ابن جرير في تهذيب الآثار ، وابن عساكر الا ان عمر قال فيما رواه : واضرب فيهما،

الافعال ، ومن ثم تجب تبرئة المتهم من الجناية المنسوبة اليه — ٢١٤ — •
الثالثة : أن تكون الشبهة قائمة في ثبوت الجريمة ، فاذا شهد شخصان على آخر بأنه شرب خمرا ، ثم عدلا عن شهادتهما ولم يكن هناك دليل آخر ،

ويشهد لذلك قصة الشامي التي رواها ابن جرير في تهذيب الآثار عن سليمان بن بسار عن أم عبد الله ابنة أبي خيثمة أن رجلا قدم من الشام فنزل عليهما فقال ان العزبة قد اشتدت عليّ فأبغيني امرأة اتمتع معها قالت : فدللته على امرأة فشارطها واشهدوا على ذلك عدولا ، فمكث معها ما شاء الله أن يمكث ثم انه خرج فاخبر عن ذلك عمر بن الخطاب فأرسل الي فسألني أحق ما حدثت ؟ قلت نعم ، قال فاذا قدم فاذنيني به فلما قدم أخبرته فأرسل اليه فقال : ما حملك على الذي فعلته ، قال فعلته مع رسول الله (ص) ثم لم ينهنا عنه حتى قبضه الله ثم مع أبي بكر فلم ينهنا عنه حتى قبضه الله ثم معك فلم تحدث لنا فيه نهيا ، فقال عمر ، أما والذي نفسي بيده لو كنت تقدمت في نهي لرجمتك •

حتى يعرف النكاح من السفاح •

فان عمر أقر الشامي على عدم نهي النبي عنها وعدم نسخها أيامه ، ولا يحق لعمر ولا لغيره من البشر أن ينسخ حكما شرعه الله وان قلنا بخلافته ، ولعل نهيه كان لمصلحة مؤقتة ارتآها فانه يصح لرئيس الدولة الاسلامية أن ينهى عن بعض الامور المباحة في فترة من الزمن اذا اقتضت المصلحة ذلك ولا يؤثر النهي بعد انقضاء تلك المدة وأطول ما يمكن أن تكون المدة هي مدة حياته فلا يكون لنهي عمر تأثير بعد موته قطعا •

٢١٤ — ويستثنى من ذلك صورة قطع الفاعل بالحرمة واعتقاد الحاكم بثبوتها •

دريء الحد لشبهة صدق الشاهدين في عدولهما ، وبريء المتهم مما نسب اليه . واذا نسب الى شخص يجن ويفيق أنه ارتد أو سرق ، ولم يعلم ان كان ارتكب الجريمة وقت الافاقة أو وقت الجنون ، دريء عنه الحد ، لشبهة عدم التكليف ، وبريء مما نسب اليه .

وفيما عدا هذه الحالات الثلاث فان تطبيق القاعدة اذا أدى لدرء الحد فانه يؤدي في الوقت ذاته الى استبدال التعزير بالحد أيا كان مصدر الشبهة ، فالأب يدرأ عنه الحد في سرقة مال ولده، لقوله عليه الصلاة والسلام: « أنت ومالك لأبيك » ولكنه يعزر ، لأن الدرء كان لشبهة حكمية أي شبهة في المحل ـ ٢١٥ ـ ، ومن يأت زوجته في دبرها يدرأ عنه الحد للشبهة في المحل ـ ٢١٦ ـ ولكنه يعزر ، ومن يتزوج محرما أو يستأجر امرأة للزنا يدرأ عنه الحد لشبهة العقد ـ ٢١٧ ـ عند أبي حنيفة ، ولكنه يعزر . ومن سرق مالا تافها كالتراب ، أو مباح الاصل كالصيد بعد صيده ، يدرأ عنه

---

٢١٥ ـ بل كان درأ الحد للدليل الشرعي فان معنى انت ومالك لابيك أي أن مالك منزل منزلة مال أبيك فلا يحد الاب اذا سرق منه شيئا كما يشهد لذلك عدم الاقتصاص من الاب فيما اذا قتل ولده ، فان قتل الولد اذا كان لا يوجب الحد على الاب فان سرقة ماله لا يوجب الحد على أبيه بطريق أولى .

٢١٦ ـ اختلف علماء المسلمين في حرمة الوطي في الدبر وفي كراهته وادلة الحد لا تكون شاملة للوطيء في الدبر وان قلنا بحرمته لعدم صدق الزنا واللواط على وطيء الزوجة في الدبر فلا يتحقق موضوع الحد .

٢١٧ ـ مر عليك قريبا ان مجرد العقد لا يكون سببا لدرء الحد مالم يكن يوجب اعتقاد الفاعل الجواز .

حذ السرقة — ٢١٨ — عند أبي حنيفة ، لشبهة التفاهة والاباحة ، ولكنه يعزر • ومن يسرق باب المسجد يدرأ عنه الحد في رأي أبي حنيفة لشبهة عدم الحرز — ٢١٩ — ، ولكنه يعزر • واذا نسب الى شخص سرقة مثلا ، واشتبه فيما اذا كان بلغ الحلم أم لم يبلغ ، دريء عنه الحد ، وعزر على ما نسب اليه — ٢٢٠ — ، ومن يقر على نفسه بجريمة من جرائم الحدود ولا دليل عليه الا اقراره يحد باقراره ، فاذا عدل عن اقراره كان عدوله شبهة تدرأ الحد ، ولكنه يعزر — ٢٢١ — بدلا من عقوبة الحد • والفرق بين عدول المقر عن الاقرار ، وعدول الشهود عن الشهادة أن المتهم يعزر عند العدول عن الاقرار ويبرأ اذا عدل الشهود عن شهادتهم • وأساس هذا الفرق أن الانسان لا يتهم نفسه عادة بجريمة لم يرتكبها ، ولكن من السهل أن يتهمه غيره كذبا بما لم يفعله ، على أنه اذا تبين أن الاقرار كان نتيجة اكراه

---

٢١٨ — اذا لم يبلغ مقدار ما سرقه ما يساوي ربع دينار ، واما مباح الاصل فلا فرق بينه وبين سواه في لزوم إقامة الحد اذا سرق ممن أحرزه بعد أن تملكه انسان محترم المال الا أن يكون السارق يعتقد الجواز لشبهة لديه ممن يحتمل قيام الشبهة لديه •

٢١٩ — حرز كل شيء بحسبه وكون الباب مبنية بقوة واتقان يجعلها في حرز فسرقتها يوجب اقامة الحد ما لم يحتمل السارق الجواز لشبهة لديه وكان ممن يحتمل اقامة الشبهة عنده كما مر ذلك عليك قريبا •

٢٢٠ — مع ثبوت ما نسب اليه والا فلا يكون مجرد النسبة موجبة حتى للتعزير •

٢٢١ — اذا اعترف بما يقتضي التعزير او رأى الحاكم أن المصلحة العامة تقتضي ذلك والا فلا يعزر لعدم ثبوت جريمة عليه تقتضي التعزير •

كان الحكم بالبراءة واجبا ، اذ الاقرار نتيجة الاكراه أو ألتهديد باطـل ؛ لحديث ابن عمر : « ليس الرجل على نفسه بأمين ان جوعت أو خوفت أو أوثقت » ؛ ولأن الاقرار يكون حجة لترجيح جانب الصدق فيه ، فاذا امتنع المقر عن الاقرار حتى هدد أو أكره فالظاهر أنه كاذب في قراره ، والعدول عن الاقرار الصحيح يدرأ به الحد للشبهة ، ولكن الاقرار يبقى مع هـذا مرجحا فيه جانب الصدق — ٢٢٢ — ، فيصلح دليلا يعزر به وان لم يصلح دليلا لعقوبة الحد ، والمسألة على كل حال متروكة لتقدير القاضي فان أقتنع أن الاقرار صحيح عاقب بعقوبة تعزيرية ، وان لم يقتنع حكم بالبراءة .

١٨٢ — هل تطبق قاعدة درء الحدود بالشبهات على جرائم التعازير ؟ :

الاصل في قاعدة درء الحدود بالشبهات أنها وضعت لجرائم الحدود ، لكن ليس ثمـة ما يمنع — ٢٢٣ — من تطبيقها على جرائم التعازير ؛ لان القاعدة وضعت لتحقيق العدالة ولضمان صالح المتهمين ، وكل متهم في حاجة

---

٢٢٢ — كيف يكون جانب الصدق مرجحا يا ترى مع عدولـه عن اقراره واحتمال أن يكون اقراره ناشئا عن داع من الدواعي الاخرى ، وما فائدة هذا الترجيح وكيف يكون سببا للتعزير مع عدم قيام دليل على الجريمة فلا يصلح اقراره المعدول عنه سببا للتعزير .

٢٢٣ — المانع هو اختصاص لسان القاعدة بالحدود ولا يقطع بعدم الفرق بينها وبين التعزيرات بعد احتمال ان الحدود انما درئت لشدتها . فلا ملازمة بين درئها بالشبهة ودرء التعزيرات بها .

نعم في مورد كان معذورا بالشبهة ولم يكن متمكنا من رفعها أو لم يكن يجب عليه رفعها كما اذا كانت الشبهة موضوعية كما في مثال مالو

لتوفير هذين الاعتبارين سواء كان متهما في جريمة من جرائم الحدود وجرائم التعازير .

وتطبق القاعدة على جرائم التعازير في الحالات الثلاث التي يؤدي تطبيقها الى البراءة في جرائم الحدود ، ولا تطبق في حالات استبدال الحد — ٢٢٤ — بعقوبة تعزيرية ، لان جرائم التعازير عقوباتها غير مقدرة ومتروكة لتقدير القاضي واختياره ، بعكس عقوبات جرائم الحدود فهي مقدرة وبالغة في الشدة والردع ، وليس للقاضي أن يعدل عنها ويستبدل بها غيرها الا في حالة درء الحد للشبهة .

١٨٣ — المبدأ الثاني تفضيل الخطأ في العفو :

من المبادىء العامة المقررة في الشريعة أن الخطأ في العفو خير من الخطأ في العقوبة ، وأصل هذا المبدأ قول الرسول عليه السلام : « ان الامام أن يخطيء في العفو خير من أن يخطيء في العقوبة » ومعنى هذا المبدأ أنه لا يصح الحكم بالعقوبة الا بعد التثبت من أن الجاني ارتكب الجريمة — ٢٢٥ — وأن النص المحرم منطبق على الجريمة ، فاذا كان ثمة شك في أن الجاني ارتكب الجريمة ، أو في انطباق النص المحرم على الفعل المنسوب للجاني ، وجب العفو عن الجاني أي : الحكم ببراءته ، لان براءة المجرم في حال

توهم شخص الأجنبية زوجته فوطئها فلا يستحق التعزير لان التعزير على معصية ولم يصدر منه معصية .

٢٢٤ — مر الكلام في ذلك سابقا فراجع ، ولو سلم شمول القاعدة للتعزيرات فلا فرق بين جميع أقسامها .

٢٢٥ — بالطريق الذي عينه الشارع .

الشك خير للجماعة • وأدعى الى تحقيق العدالة من عقاب البريء مع الشك •

ومبدأ الخطأ في العفو ينطبق على كل أنواع الجرائم ، فهو ينطبق على جرائم الحدود ، وجرائم القصاص والدية ، وجرائم التعازير •

ويمكن القول بأن مبدأ درء الحدود بالشبهات على أهميته يعتبر تطبيقا لمبدأ الخطأ في العفو في الاقل في الحالات التي يؤدي فيها درء الحد لتبرئة الجاني •

١٨٤ — القانون والشريعة :

وتأخذ القوانين الوضعية بصفة عامة بطريقة الشريعة في التفسير ، واذا كانت القوانين تميل الى تقييد سلطة القاضي — ٢٢٦ — في تفسير النصوص الجنائية ، الا أن المحاكم اتجهت تحت تأثير الضرورات العملية ، والرغبة في حماية المصالح العامة ، الى التوسع في تفسير النصوص الجنائية ، من ذلك أنها أخترعت نظرية التسليم الضروري في السرقة ، لحماية الجمهور من ضرب من ضروب السرقة، لا يدخل تحت نص القانون اذا أخذ بنظرية التفسير الضيق، وكذلك اعتبرت المحاكم الكهرباء منقولا ، لتعاقب على اختلاسها بعقوبة السرقة كذلك عاقبت على سرقة أكفان الموتى ، والقاعدة التي تتبعها المحاكم يحبذها أكثر الشراح ، وهي عين الطريقة التي تأخذ بها الشريعة الاسلامية •

والقاعدة في القانون أن يفسر كل شك لمصلحة المتهم ، وتطبيق هذه القاعدة قد يؤدي الى تخفيف عقوبة الجاني ، وقد يؤدي الى تبرئة المتهم، فمثلا اذا شكت المحكمة في توفر ركن الاكراه في السرقة بالاكراه ، فسر هذا

---

٢٢٦ — والى ذلك يذهب فقهاء المذهب الجعفري وفيما اذا لم يكن القاضي مجتهدا فان عليه ان يرجع في تفسيره الى مجتهد من المجتهدين •

الشك لمصلحة المتهم، واعتبرت الواقعة سرقة عادية ، وعوقب عليها بعقوبة الجنحة بدلا من عقوبة الجناية . واذا شكت المحكمة في ثبوت الجريمة ، أو في توفر ركن من أركانها ، حكم ببراءة المتهم ، ويتبين من هذا أن تفسير الشك لمصلحة المتهم في القانون ، يقابل في الشريعة درء الحد بالشبهات ، وتفضيل الخطأ في العفو ويؤدي الى نفس نتائج هذين المبدأين (١) .

المبحث الرابع

في تعارض الاحكام (أي النصوص) ونسخها

١٨٥ ـ التعارض :

اذا تعارض نصان في قوة واحدة : كآيتين ، أو آية وسنة متواترة ، أو سنتين متواترتين ، أو حديثين مشهورين ، أو خبرين من أخبار الآحاد ، وعلم تاريخ ورود كل من النصين المتعارضين كان اللاحق منهما ناسخا للسابق — ٢٢٧ — .

(١) القانون الجنائي لعلي بدوي ص ١٠٦ ـ ١١٠ ـ شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسي والسعيد مصطفى ص ١١٤ ـ ١١٥ .

٢٢٧ ـ اذا لم يمكن الجمع بينهما عرفا وكانا متباينين عند العرف،واما مع امكان الجمع بينهما عرفا وكون احدهما في نظر العرف مفسرا للآخر أو حاكما عليه أو مخصصا أو مقيدا له على التفصيل الذي ذكرناه آنفا فلا ريب في تقديم المفسر ، ولا يكون هناك تعارض واقعي ، وان توهم ذلك في النظرة الاولى .

واذا لم يعلم تاريخ ورود النصين المتعارضين ، رجح أحدهما على الآخر بطريق من طرق الترجيح ، والترجيح اما أن يكون من ناحية المتن ، واما من ناحية السند ، فمن جهة المتن يرجح الاقوى دلالة — ٢٢٨ — ، فيرجح المفهوم بالعبارة على المفهوم بالاشارة وهكذا — ٢٢٩ — ، ويرجح المحكم على المفسر — ٢٣٠ — ، والمفسر على النص وهكذا ، ويرجح العام على المخصص — ٢٣١ — . ومن جهة السند يرجح الخبر الذي رواته من أهل

٢٢٨ — ليست الاقوائية دائما سببا للترجيح ولا يخرج الدليلان عن التعارض ما لم يكن احدهما مقدما على الآخر عرفا ومفسرا له كما مر ذلك علينا سابقا .

٢٢٩ — اذا كان المفهوم بالاشارة ملازما لعبارة النص لا يمكن انفكاكه عنه فلا وجه لتقديم مفهوم العبارة عليه لان كلا منهما مستفاد من النص فيقع التعارض بينهما الا أن يكون أحدهما قرينة على الآخر عرفا كما مر عليك ذلك سابقا .

٢٣٠ — لا وجه لترجيحه بعد كون كل منهما نصا في المدعى ولا يخرجان عن التعارض الا اذا كان أحدهما قرينة على الآخر عرفا كما مر عليك ذلك آنفا .

٢٣١ — أي العام الذي لم يخصص على العام الذي خصص فيما اذا وقع التعارض بين العام الاول وبين ما بقي تحت العام الثاني بعد تخصيصه ولا وجه لتقديم الاول ما لم يكن مفسرا عرفا للثاني ، كما ان الثاني يقدم اذا كان مفسرا للاول وقرينة عليه عرفية بل اللازم تقديم الثاني اذا أصبح بعد تخصيصه نصا فيما بقي تحته بأن يكون تقديم العام الاول عليه لا يبقى للعام الثاني فردا له .

الفقه والامانة على غيرهم — ٢٣٢ — •

واذا لم يرجح أحد النصين المتعارضين على الآخر ، يجمع بينهما بطريق من طرق الجمع والتوفيق — ٢٣٣ — ، وهذا يكون بتخصيص احد النصين لحالة ، وتخصيص الآخر بحالة أخرى ، أو بجعل أحد النصين مبينا الحكم الدنيوي ، والثاني مبينا الحكم الاخروي ، او يجعل احدهما حقيقيا ، والثاني مجازيا أو بغير ذلك •

واذا لم يعلم تاريخ ورود النصين المتعارضين ، ولم يقم دليل على رجحان

---

٢٣٢ — ذهب كثير من فقهاء المذهب الجعفري الى ترجيح الخبر الذي يوصف رواته بالفقاهة والورع اكثر من الآخر ويستندون في ذلك الى خبرين يروي أولهما ابن حنظلة عن الامام جعفر بن محمد الصادق (ع) ، ويروي الثاني زرارة عن الامام جعفر الصادق ايضا ، وذهب جماعة الى عدم الترجيح بصفات الراوي لضعف سند الحديثين اللذين استدلت بهما الطائفة الاولى مع عدم دلالة رواية حنظلة لان موردها التعارض بين الحكمين لا الروايتين •

وقد ظهر من بيان حجة الطرفين أن الرجحان مع القول الثاني •

٢٣٣ — اذا كان هناك جمع عرفي بين الدليلين فلا يقع التعارض بين الدليلين ليحتاج الى الترجيح ، واما مع عدم وجود جمع عرفي بينهما فلا مجال للتوفيق بينهما لمجرد امكان ذلك ولا يخرج الدليلان بمجرد امكان الجمع بينهما عن التعارض ما لم تقم قرينة عرفية على هذا الجمع فان يمكن تخصيص كل من النصين بحالة أو جعل أحدهما لحكم دنيوي والآخر لحكم أخروي أو احدهما حقيقي والآخر مجازي ما لم تقم قرينة على ذلك ومع قيام القرينة فلا تعارض ، فلا يحتاج الى الترجيح •

أحدهما على الآخر ـ ٢٣٤ ـ ولم يمكن الجمع والتوفيق بينهما ، عدل عن الاستدلال بهما الى الاستدلال بما دونهما مرتبة ، فان كان التعارض بين متواترين عدل عنهما الى خبر الآحاد ـ ٢٣٥ ـ •

ويراعى دائما في حالة الترجيح ، والجمع ، والتوفيق ، عدم الخروج على مباديء الشريعة العامة وروح التشريع ، فتكون الموازنة بين الادلة قائمة على ضوء مقاصد الشارع والمباديء العامة ـ ٢٣٦ ـ •

١٨٦ ـ النسخ : ـ

هو ابطال حكم تشريعي بدليل يدل عليه صراحة أو ضمنا ابطالا كليا أو جزئيا لمصلحة اقتضته •

فالنسخ الصريح هو أن يصدر تشريع ينص صراحة على ابطال تشريع سابق ، ومثال ذلك ما حدث في تشريع الزنا ، فقد كانت العقوبة أول الامر الحبس في البيوت والايذاء ، وذلك قوله تعالى : « واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم ، فان شهدوا فأمسكوهن في البيوت حتى يتوفاهن الموت ، أو يجعل الله لهن سبيلا ، واللذان يأتيانها منكم فآذوهما ، فان تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما ، ان الله كان توابا رحيما »

---

٢٣٤ ـ بالمعنى الذي ذكرناه آنفا من الرجحان بحسب الفهم العرفي •

٢٣٥ ـ مر علينا قريبا امكان الاستدلال بأخبار الآحاد حتى مع وجود آية مباركة أو سنة متواترة كما مر علينا قريبا ذلك ، كما مر علينا امكان تخصيص الكتاب والسنة المتواترة بأخبار الآحاد •

٢٣٦ ـ ويؤخذ ذلك في مقام الترجيح من الادلة المثبتة لكيفية الترجيح •

ثم نسخ ذلك صراحة — ٢٣٧ — بقوله تعالى : « الزانية والزاني فاجلدوا كل منهما مائة جلدة » . وبقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلا ، البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ، والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة » . ومثل النسخ صريح أيضا قول الرسول عليه السلام : « كنت نهيتكم عن زيارة القبور ، ألا فزوروها ، فانها تذكركم الحياة الآخرة » .

---

٢٣٧ — مر آنفا أن الآية المباركة لا يمكن نسخها الا بآية متصلة بها فلا تكون هذه الآية ناسخة للآية الاخرى ولو سلمنا امكان نسخ القرآن الكريم بآية منفصلة عنه فلا دليل على كون الآية الثانية ناسخة للآية الاولى لان النسخ متوقف على ثبوت التعارض بين الآيتين والتعارض انما يكون مع اتحاد مورد الآيتين وعدم امكان اجتماع الحكمين وكلا الأمرين محل منع .

اما نفي اتحاد مورد الحكمين فلعدم اختصاص الفاحشة بالزنا فان معنى الفاحشة عرفا ما تزايد قبحه وتفاحش فقد يكون بين رجل وامرأة فيكون زنا مع الايلاج ، وملاعبة بدونه ، وقد يكون بين امرأتين فيكون مساحقة ، وقد يكون بين ذكرين فيكون لواطا مع الايلاج وملاعبة بدونه فليست الآية الاولى نصا في الزنا بل هي شاملة له بالعموم ، والآية الثانية مختصة به فتخصص الاول وتخرج الزنا من عمومها وتجعلها مختصة بما سواه .

كما لا دليل على عدم اجتماع الحكمين لامكان اجتماعهما فان الحكم في الآية الاولى حكم وقائي شرع لمنع المرأة من اتيان الفاحشة مرة أخرى والحكم الثاني شرع للتأديب على الجريمة الاولى .

والنسخ الضمني هو أن يصدر الشارع تشريعا لاحقا لا ينص فيه صراحة على ابطال التشريع السابق ، ولكنه يأتي في التشريع اللاحق بأحكام تعارض أحكام التشريع السابق ، بحيث لا يمكن التوفيق بين التشريعين الا بالغاء أحدهما ، فيعتبر اللاحق ناسخا للسابق ضمنا .

والنسخ الكلي هو ابطال تشريع سابق ابطالا كليا بالنسبة لكل فرد من أفراد المكلفين .

والنسخ الجزئي ـ ٢٣٨ ـ هو ان يجيء التشريع عاما شاملا كل فرد مكلف ، ثم يلغى بالنسبة لبعض الافراد ، ومثال ذلك حكم القذف فقد كان عاما ثم نسخ ـ ٢٣٩ ـ بالنسبة الى الازواج فقط حيث شرعت لهم الملاعنة .

١٨٧ ـ محل النسخ :

محل النسخ هو الاحكام التشريعية ، وليست نصوص القرآن والسنة كلها قابلة للنسخ ، بمعنى ان ما ورد به نص سابق يمكن ان ينسخه نص لاحق ، فهناك نصوص محكمة لا تقبل النسخ بحال وهي ـ ٢٤٠ ـ :

٢٣٨ ـ ما اسماه المؤلف بالنسخ الجزئي من مصاديق التخصيص للدليل العام السابق ولعل مراده منه هو الخاص المتأخر الذي يخرج بعض افراد العام من حين مجيء الخاص لا من أول الامر .

٢٣٩ ـ لا معارضة بين الحكمين ليكون الثاني ناسخا للاول لان قذف الزوج يكون سببا لحده كقذف غيره ودليل الملاعنة لم ينف ذلك وانما جعل للزوج طريقا لرفع الحد عنه بالملاعنة .

٢٤٠ ـ اما ما ذكره أولا فهو وان أمكن أن ينسخ الا انه يقطع بعدم نسخه للعلم ببقاء هذه الاحكام وأما قوله سبحانه « ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا »

أولا — النصوص التي تضمنت احكاما أساسية كالنصوص التي أوجبت الايمان بالله ورسله وكتبه واليوم الآخر ، والنصوص التي جاءت بأصول العقائد والعبادات ، والنصوص التي قررت أمهات الفضائل كالصدق والعدل وأداء الامانات ، والنصوص التي حرمت الرذائل كالشرك بالله وقتل النفس بغير حق ، والزنا ، والسرقة ، والفساد في الارض ، والظلم ، وغير ذلك .

ثانيا : — النصوص التي جاءت بأحكام مؤبدة كقوله تعالى في قاذفي المحصنات : « ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا » .

ثالثا : — النصوص التي دلت على وقائع وقعت وأخبرت عن حوادث، كقوله تعالى : « فأما ثمود فأهلكوا بالطاغية » وكقول الرسول « نصرت بالرعب مسيرة شهر » ؛ لان نسخ الخبر تكذيب للمخبر به ، والكذب محال على الشارع .

هذه الأنواع الثلاثة من النصوص لا تقبل النسخ وليست محلا له ، أما ما عداها من النصوص فهو يقبل النسخ .

١٨٨ — متى كان النسخ ؟ :

واذا قلنا ان النصوص تقبل النسخ او لا تقبله ، فهذا القول فيما يتعلق بالقرآن والسنة، ينطبق على العهد الذي كان التشريع ينزل فيه،وهو ينتهي بوفاة الرسول صلى الله عليه وسلم ، أما بعد وفاته فقد أصبحت نصوص القرآن

فليس المراد منه عدم قبول شهادتهم مدى الدهر ليدل على ان هذه الاحكام لن تنسخ ابدا بل المراد لا تقبل شهادتهم بعد الحد وقبله فهي كغيرها من الاحكام قابلة للنسخ ، وأما ما استثناه ثالثا فهو غريب لان النسخ في الاحكام لا في الاخبار فهو خارج عن محل الكلام .

والسنة محكمة جميعها لا تقبل النسخ ــ ٢٤١ ــ ، ولا هي محل له ، حيث لا توجد سلطة تملك تغيير ــ ٢٤٢ ــ ما أنزل الله على رسوله بعد انقطاع الوحي ووفاة الرسول •

١٨٩ ــ أي النصوص تنسخ الاخرى ؟ :

القاعدة العامة في الشريعة أن النص لا ينسخه الا نص في قوته أو أقوى منه ، وأن النص الأقل قوة لا ينسخ نصا أقوى منه • والنصوص في الشريعة

---

٢٤١ ــ النسخ بمعناه الواقعي غير معقول حتى ايام النبي (ص) لان لازمه أن الله سبحانه وتعالى يحكم بحكم ثم يبدو له فساد هذا الحكم فيرفعه أو يبدله وهذا مستحيل بالنسبة اليه سبحانه وتعالى وانما النسخ في الاحكام الشرعية نسخ صوري بمعنى ان الحكم من أول الامر موقت بوقت معين ولكن اقتضت الحكمة الالهية اظهاره بمظهر الحكم الدائم المستمر ولما انتهى أمده امر الله سبحانه وتعالى في كتابه وعلى لسان نبيه بارتفاعه فكان شبيها بالنسخ الحقيقي ، ثم ان مدة الحكم قد تنتهي ايام النبي (ص) فيخبر (ص) بانتهائها وقد تنتهي بعده (ص) فيخبر النبي (ص) وصية بظرف انتهاء مدته فيعلن الوصي انتهاء المدة حينما يتحقق ذلك الظرف ، فلا فرق في استحالة النسخ الحقيقي وامكان النسخ الصوري بين أيامه (ص) وما بعد وفاته •

٢٤٢ ــ لا سلطة تملك تغيير ما انزله الله سبحانه وتعالى الا الله وحده ، وانما وظيفة النبي (ص) الاخبار عن هذا التغيير ، وكما يمكن للنبي أن يخبر بلسانه يمكن أن يخبر خليفته ووصيه من بعده بأن التغيير سيكون بعده فحينما يتحقق ذلك الزمان وتنتهي مدة الحكم

مصدرها كما علمنا القرآن والسنة والاجماع والقياس — ٢٤٣ — ، ومايصدره أولو الامر من قوانين ولوائح وقرارات — ٢٤٤ — ، والمصدران الاساسان للشريعة هما القرآن والسنة — ٢٤٥ — ، فهما اللذان جاءا بأسس الشريعة وأحكامها العامة والخاصة ، أما بقية المصادر فهي لا تأتي بأسس شرعية جديدة ولا تضع أحكاما عامة جديدة ، وانما هي طرق للاستدلال على الاحكام الفرعية من نصوص القرآن والسنة ، فهي لا يمكن أن تأتي بما يخالف القرآن والسنة ، لانها تستمد منهما وتستند على نصوصهما ، وهذا ينطبق على الاجماع والقياس كما ينطبق على القوانين واللوائح التي يصدرها أولو الامر فالاجماع أساسه — ٢٤٦ — اتفاق المجتهدين على حكم شرعي متفق مع نصوص

المنسوخ يخبر الوصي بذلك .

٢٤٣ — وقد مر علينا سابقا أن القياس ليس من مصادر التشريع في الفقه الجعفري وأن رابع مصادر التشريع عند فقهاء المذهب الجعفري هو العقل .

٢٤٤ — تكون نافذة المفعول في ظرف خاص اذ ليس لاولي الامر تشريع حكم دائمي مستمر .

٢٤٥ — والاخبار المروية عن ائمة أهل البيت داخلة في السنة لانهم ينطقون عن لسان جدهم النبي (ص) وقد أمرنا (ص) باتباعهم بقوله : « أهل بيتي كسفينة نوح ، من تمسك بهم نجى ، ومن تخلف عنهم هوى » وبقوله (ص) : « اني مخلف فيكم الثقلين كتاب الله وعترتي أهل بيتي لن يفترقا حتى يردا عليّ الحوض ما ان تمسكتم بهما لن تضلوا ابدا » .

٢٤٦ — لا يكون الاجماع معتبرا عند فقهاء المذهب الجعفري مالم يكن كاشفا عن رأي نبي أو امام معصوم ولا يكون كاشفا اذا خالف الكتاب والسنة فلا يكون معتبرا عندهم .

القرآن والسنة ، فان لم يكن نص فلا بد أن يكون متفقا مع مبادىء الشريعة العامة وروحها . والقياس أساسه الحاق ما لا نص فيه بما فيه نص من القرآن أو السنة ، والقوانين واللوائح تصدر من أولي الامر ؛ لتنظيم حال الجماعة على أساس القرآن والسنة ، وتجب طاعتها — ٢٤٧ — كلما كانت صادرة على هذا الاساس ، والا فلا طاعة لها ولا لمن اصدرها .

ويتبين مما سبق أن القرآن والسنة هما أساس الشريعة ومرجعها ، وانهما أقوى مصادر الشريعة وأعلاها درجة ، أما بقية المصادر فهي تابعة للقرآن والسنة ، وتقوم على نصوصهما ، فالقرآن والسنة أصل وبقية المصادر فروع لهما ، ولا يمكن عقلا أن يكون الفرع مساويا للاصل ولا أقوى منه ، واذن فمن المحال أن ينسخ القرآن أو السنة اجماع أو قياس (١) أو قانون أو لائحة .

أما نصوص القرآن فينسخ بعضها بعضا — ٢٤٨ — وقد تنسخها

(١) المستصفى للغزالي ج١ ص ١٢٦ — فواتح الرحموت في شرح مسلم الثبوت ج ٣ ص ٨٤ .

وأما القياس فلا يعتمد عليه فقهاء المذهب الجعفري الا اذا حصل القطع بسببية الحكم الشرعي ولا يمكن أن يكون سببا لحصول القطع بالحكم الشرعي مع مخالفته للكتاب أو للسنة .

٢٤٧ — في زمان خاص كما مر علينا ذلك قريبا .

٢٤٨ — مر علينا مرارا ان الآية المباركة لا تنسخ الا بآية متصلة بها معلنة نسخها ، فلا نسخ بآية منفصلة ولا بالسنة المتواترة فضلا عن أخبار الآحاد اذ أن من المنافي للحكمة وجود آية في القرآن لا يعمل بها مع عدم قرينة على ذلك .

السنة المتواترة ، لانها كلها قطعية وفي قوة واحدة .

ونصوص السنة غير المتواترة قد ينسخ بعضها بعضا ، لانها في قوة واحدة وقد ينسخها القرآن والسنة المتواترة ، لانها أقوى منها .

ولكن لا ينسخ نص قرآني أو سنة متواترة بسنة غير متواترة ، لان الأقوى لا ينسخ بما هو أقل منه قوة — ٢٤٩ — .

وقد استقرت نصوص القرآن والسنة بوفاة الرسول صلى الله عليه وسلم اذ بوفاته انقطع الوحي ، وانقطع ورود النصوص — ٢٥٠ — ، فصارت نصوص القرآن والسنة محكمة ، لأن باب نسخها أغلق نهائيا ، وأصبحت قانونا واحدا يفسر خاصها العام ، ويبين مقيدها المطلق ، كأنما شرعت كلها

---

٢٤٩ — لا دليل على هذه القاعدة وان كان الحق ان القرآن الكريم لا ينسخ بالخبر الواحد كما ذكرناه قريبا من منافاة ذلك المحكمة ولاجماع المسلمين على ذلك .

٢٥٠ — الرأي السائد عند فقهاء المذهب الجعفري ان الاخبار المروية عن آئمة أهل البيت الذين ثبتت امامتهم وعصمتهم بالادلة القطعية كانما رويت عنه (ص) لانهم ينطقون عن لسانه وقد أمرنا (ص) باتباعهم كما أشرنا الى ذلك قريبا ولانهم عليهم السلام انما يخبرون من العلم الذي وصلهم من جدهم أمير المؤمنين علي (ع) عن جدهم النبي الاعظم (ص) ولقد قال أمير المؤمنين علي (ع) : « علمني رسول الله الف باب من العلم ينفتح لي من كل باب ألف باب » .

ولقد ذكرنا قريبا ان النسخ الحقيقي مستحيل في أيام حياة النبي (ص) وبعد وفاته ، وما النسخ الظاهري بالمعنى الذي ذكرناه سابقا فكما يمكن أن يكون حال حياته يمكن ان يكون بعد وفاته .

دفعة واحدة على الحالة التي انتهت اليها .

١٩٠ ـ حكم الاجماع والقياس المخالفين للقرآن والسنة :

يصعب أن يكون هناك اجماع أو قياس مخالف للقرآن والسنة ، لأن الاجماع يجب أن يقوم على دليل من القرآن والسنة ـ ٢٥١ ـ . فلا اجماع بلا مستند شرعي [١] واذا كان من شروط الاجماع أن يكون مستندا الى القرآن والسنة ، فلا يتصور أن يكون مخالفا لهما ، الا اذا كان اجماعا ممن يجهل القرآن والسنة ومن غير المجتهدين ، وهذا ليس اجماعا شرعيا ولا يترتب عليه أي أثر شرعي ، وكل ما يأتي على طريقه باطل بطلانا مطلقا .

ومن المستبعد أن يكون هناك قياس ـ ٢٥٢ ـ مخالف للقرآن والسنة اذا روعيت شروط القياس ، لأن أساس القياس أنه يلحق ما لا نص فيه بما فيه نص ، لاشتراكهما في علة الحكم ، فالحكم الذي يجيء عن طريق القياس هو دائما حكم من أحكام القرآن أو السنة ، فاذا فرض أن قياسا ما ، جاء بحكم مخالف للقرآن أو السنة ، فهو قياس باطل بطلانا مطلقا ، لان من الشروط الأساسية في الشريعة أن يراعى المجتهد النصوص قبل كل شيء فلا يخرج عليها ، وأن يتقيد بمقاصد الشارع العامة وبروح التشريع [٢] .

(١) فواتح الرحموت في شرح مسلم الثبوت ج ٢ ص ٢٣٨ .
(٢) راجع الفقرات ١١٥ ، ١٣٥ ، ١٦٩ ـ ١٧٥ .

٢٥١ ـ أي يجب أن يكون للمجمعين دليل يستندون اليه .

٢٥٢ ـ لا اعتبار بالقياس عند فقهاء المذهب الجعفري كما مر علينا ذلك الا مع حصول العلم بواسطته بالحكم الشرعي ولا يعقل أن يكون سببا للعلم بالحكم الشرعي مع مخالفته للكتاب والسنة .

في علاقة الاحكام الشرعية بأحكام القوانين

المبحث الخامس

١٩١ ـ حكم القوانين واللوائح المخالفة للقرآن والسنة :

اذا جاءت القوانين واللوائح متفقة مع نصوص القرآن والسنة ، أو متمشية مع مبادىء الشريعة العامة وروحها التشريعية ، وجبت الطاعة لها ـ ٢٥٣ ـ ، وحقت العقوبة على من خالفها ، أما اذا جاءت القوانين واللوائح خارجة على نصوص القرآن والسنة أو خارجة على مبادىءالشريعة العامة وروحها التشريعية ـ ٢٥٤ ـ ، فهي قوانين ولوائح باطلة بطلانا مطلقا وليس لاحد ان يطيعها ، بل على كل مسلم ان يحاربها . وسنبين فيما يلي اسباب هذا البطلان بعد ان نتكلم عن نظرية البطلان ذاتها .

١٩٢ ـ نظرية البطلان في الشريعة :

أساس نظرية البطلان في الشريعة الاسلامية هو أن الاوامر والنواهي لم تجىء عبثا ، وأن الله أنزل كتابه وأرسل رسوله للناس ؛ ليطيعوه ويعملوا بما جاء به الرسول فعمله صحيح ؛ لأنه وافق أمر الشارع ، ومن خالف فقد بطل عمله ؛ لمخالفته أمر الشارع ، والله تعالى يقول : « وما أرسلنا من رسول

ـ ٢٥٣ ـ اذا كانت من حكومة اسلامية يجب اطاعة أحكامها .

ـ ٢٥٤ ـ التي يقطع بالاتفاق معها بموافقة الشريعة وبمخالفتها مخالفة الشريعة .

الا ليطاع باذن الله » • [النساء : ٦٤] ويقول : « وما أتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا » • [الحشر : ٧] ويقول : « يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول » : [النساء : ٥٩] •

وتنطبق نظرية البطلان على عمل الافراد والجماعات، والحكام والمحكومين وتصرفات هؤلاء وهؤلاء ، فكل عمل أو تصرف جاء موافقا لنصوص الشريعة أو مبادئها العامة وروحها فهو صحيح ، وما جاء مخالفا لنصوص الشريعة أو مبادئها العامة أو روحها التشريعية ــ ٢٥٥ ــ فهو باطل بطلانا أصليا ، ولا يترتب عليه أي اثر ، ومن ثم فكل قانون أو لائحة او أمر جاء على خلاف الشريعة فهو باطل بطلانا مطلقا ، وكل عبادة جاءت على خلاف الشريعة فهي عبادة باطلة ، وكل تصرف أو عقد جاء على خلاف الشريعة فهو باطل بطلانا مطلقا • فالعمل اما أن يكون موافقا للشريعة فهو صحيح ، واما أن يكون مخالفا لها فهو باطل ، وهذا هو رأي جمهور الفقهاء •

والمخالفون وهم الأحناف لا يخالفون نظرية الجمهور فيما يمس حقوق الجماعة ، فعندهم أن القوانين واللوائح والاوامر المخالفة للشريعة باطلة بطلانا مطلقا ولكنهم يخالفون فيما يمس حقوق الافراد ، أي في العقود والتصرفات ، فيرون أنها تكون صحيحة اذا جاءت موافقة للشريعة ، فاذا جاءت على خلافها فهي باطلة بطلانا مطلقا اذا كان الخلل في أصل العقد أو التصرف أي في ركن من أركانه ، أما اذا كان الخلل في وصف من أوصاف العقد أو التصرف ، أي : في شرط خارج عن ماهيته وأركانه ، فالعقد أو التصرف يكون فاسدا لا باطلا • والفرق بين الفاسد والباطل عندهم أن الباطل لا يترتب

---

٢٥٥ ــ بالمعنى الذي مر علينا قريبا •

عليه أثر مطلقا ، وان الفاسد يترتب عليه بعض آثاره [1] — ٢٥٦ — .

واذا طبقنا نظرية البطلان على القوانين واللوائح والقرارات والاوامر أمكننا أن نقول على وجه القطع ان التشريعات الوضعية على اختلاف اسمائها تكون باطلة بطلانا مطلقا كلما جاءت مخالفة لنصوص الشريعة الاسلامية او خارجة على مبادئها العامة ، أو مباينة لروح التشريع الاسلامي ، وأساس هذا البطلان كونها مخالفة للشريعة طبقا لرأي جمهور الفقهاء ، وأساسه طبقا لرأي أبي حنيفة واصحابه أن القوانين واللوائح والاوامر مما يمس صالح الجماعة ونظامها العام ، أو يمس حقوق الله طبقا لتعبيرهم ، وكل ما يتصل بصالح الجماعة ونظامها باطل بطلانا مطلقا اذا جاء مخالفا للشريعة الاسلامية ، فأساس البطلان اذن باجماع الفقهاء هو مخالفة القوانين واللوائح والقرارات والاوامر

(١) الاحكام في أصول الاحكام للآمدي ج١ ص ١٨٦ ، ١٨٧ — المستصفى للغزالي ج ١ ص ٩٤ — أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف ص ٩٩ — ١٠١ .

٢٥٦ — الرأي السائد بين المتأخرين من فقهاء المذهب الجعفري ان النهي اذا تعلق بأمر خارج عن العقد كما اذا نهى عنه في زمان خاص احتراما لذلك الزمان أو في مكان خاص احتراما لذلك المكان فلا يصبح العقد في ذلك المكان أو الزمان باطلا بل يقع صحيحا وان اعتبر معصية للنهي الشرعي عنه ومثاله المعروف عند الفقهاء النهي عن البيع وقت النداء يوم الجمعة فان النهي ليس لانه يشترط في البيع وقوعه في غير وقت النداء وليس لان في البيع وقت النداء منقصة بوصفه بيعا بل لاجل المحافظة على الاجتماع في صلاة الجمعة وعدم التفرق عنها فاذا عصى المكلف وباع او اشترى يوم الجمعة وقت النداء فانه يعصي النهي لكن بيعه صحيح .

لنصوص الشريعة أو مبادئها العامة أو روحها التشريعية .

١٩٣ ـ الادلة على بطلان التشريعات الوضعية المخالفة للشريعة : ـ

بينا فيما سبق أن تطبيق نظرية البطلان في الشريعة يقتضي ابطال التشريعات الوضعية المخالفة للشريعة الاسلامية ، وسنبين الآن أن هذا البطلان يستند الى نصوص القرآن ، ونصوص السنة ، والى الاجماع ، وهي مصادر القانون الجنائي في الشريعة الاسلامية ، فقد جاءت نصوص القرآن والسنة صريحة في ابطال كل ما يخالف الشريعة ، ومن ثم انعقد الاجماع على احترام هذه النصوص الصريحة وابطال كل ما يخالفها ، وسنقدم فيما يلي الادلة على ذلك : ـ

١ ـ ان الله أمر باتباع الشريعة ونهى عن اتباع ما يخالفها ، فلم يجعل لمسلم أن يتخذ من غير شريعة الله قانونا ، وجعل كل ما يخرج على نصوص الشريعة ، أو مبادئها العامة ، أو روحها التشريعية ، محرما تحريما قاطعاً على المسلمين بنص القرآن الصريح ، حيث قسم الله الامر الى أمرين لاثالث لهما : اما الاستجابة لله وللرسول واتباع ما جاء به الرسول ، واما اتباع الهوى ، فكل ما لم يأت به الرسول فهو من الهوى بنص القرآن ، وذلك قوله تعالى : « فان لم يستجيبوا لك فاعلم أنما يتبعون أهواءهم ، ومن أضل ممن اتبع هواه بغير هدى من الله ، ان الله لا يهدي القوم الظالمين » [سورة القصص : ٥٠] .

كذلك قسم الله طريق الحكم بين الناس الى طريقين لا ثالث لهما : أولهما : الحق ، وهو الوحي الذي أنزل على رسله ، وثانيهما : الهوى ، وهو كل ما خالف الوحي ، فقال جل شأنه : « يا داود انا جعلناك خليفة

في الارض ، فاحكم بين الناس بالحق ، ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله ، ان الذين يضلون عن سبيل الله لهم عذاب شديد بما نسوا يوم الحساب » [سورة ص : ٢٧] ٠

وقال تعالى موجها الخطاب الى رسوله صلى الله عليه وسلم : « ثم جعلناك على شريعة من الامر فاتبعها ، ولا تتبع أهواء الذين لا يعلمون ، انهم لن يغنوا عنك من الله شيئا ، وان الظالمين بعضهم أولياء بعض والله ولي المتقين » [الجاثية : ١٨ ، ١٩] فقسم الامر بين الشريعة التي جعل رسوله عليها ، وأوحى اليه العمل بها ، وأمر الامة الاسلامية باتباعها ، وبين اتباع أهواء الذين لا يعلمون ، وأمر بالاول ونهى عن الثاني ٠

وقال جل شأنه : « اتبعوا ما أنزل اليكم من ربكم ، ولا تتبعوا من دونه أولياء قليلا ما تذكرون » [الاعراف : ٣] فأمر باتباع ما أنزل منه خاصة ، ونهى عن اتباع ما يخالفه ، وبيّن أن من اتبع غير ما أنزل من عند الله فقد اتبع أولياء من دون الله (١) ٠

وهكذا قطعت نصوص القرآن في تحريم كل ما يخالف نصوص الشريعة صراحة أو ضمنا ، وكل ما يخالف مبادئها العامة أو روحها التشريعية ونهت نهيا جازما عن العمل بغير الشريعة ، واعتبرت العامل بغير الشريعة متبعا هواه منقادا الى الضلال ، مضلا لغيره ظالما لنفسه ولغيره ، كافرا بما أنزل الله ٠ متخذا لنفسه أولياء من دون الله ٠

٢ ــ ان الله لم يجعل لمؤمن ان يرضى بغير حكم الله ، أو يتحاكم الى غير ما أنزل الله ، بل لقد أمر الله ان يكفر بكل حكم غير حكمه ٠ واعتبر الرضا بغير حكمه ضلالا بعيدا ، واتباعا للشيطان ، وذلك قوله تعالى :«ألم

---

(١) أعلام الموقعين ج١ ص ٥٣ ٠

تر الى الذين يزعمون أنهم آمنوا بما أنزل اليك ، وما أنزل من قبلك ، يريدون أن يتحاكموا الى الطاغوت وقد أمروا أن يكفروا به ، ويريد الشيطان أن يضلهم ضلالا بعيدا » [النساء : ٦٠] .

فمن يتحاكم الى غير ما أنزل الله وما جاء به الرسول فقد حكم الطاغوت وتحاكم اليه . والطاغوت هو كل ما تجاوز به العبد حده من معبود أو متبوع أو مطاع ، فطاغوت كل قوم من يتحاكمون اليه غير الله ورسوله . أو يعبدونه من دون الله ، أو يتبعونه على غير بصيرة من الله ، أو يطيعونه فيما لا يعلمون أنه طاعة الله ، فمن آمن بالله ليس له أن يؤمن بغيره ولا أن يقبل حكما غير حكمه (١) .

٣ ـ ان الله لم يجعل لمؤمن ولا مؤمنة أن يختار لنفسه أو يرضى لها ما أختاره الله ورسوله ، ومن تخير غير ذلك فهو ضال لم يعرف الايمان لقلبه سبيلا ، وذلك قوله تعالى : « وما كان لمؤمن ولا مؤمنة اذا قضى الله ورسوله أمرا أن يكون لهم الخيرة من أمرهم » [الاحزاب : ٣٦] فاذا أمر الله باتباع ما أنزل على رسوله ، ونهى عن اتباع غيره ، فليس لمؤمن أن يرضى بغير ما أنزل الله ، فان رضيه واختاره لنفسه فهو غير مؤمن (٢).

٤ ـ ان الله حرم على المؤمنين أن يسبقوا رسوله بقول أو فعل أو أمر أو رأى ، كما حرم عليهم أن يرفعوا أصواتهم فوق صوت نبيه ، فقال : « يا أيها الذين آمنوا لا تقدموا بين يدي الله ورسوله ، واتقوا الله أن الله سميع عليم » [الحجرات : ١] أي لا تقولوا حتى يقول ، ولا تأمروا حتى يأمر ، ولا تفتوا حتى يفتي ، ولا تعطوا أمرا حتى يكون هو الذي يحكم

---

(١) أعلام الموقعين ج ١ ص ٥٦ .
(٢) نفس المرجع ص ٥٧ .

فيه . وقال : « يا أيها الذين آمنوا لا ترفعوا أصواتكم فوق صوت النبي ولا تجهروا له بالقول كجهر بعضكم لبعض أن تحبط أعمالكم وأنتم لا تشعرون » [الحجرات : ٢] فاذا كان رفع أصواتهم فوق صوته سببا لحبوط أعمالهم ، فكيف بتقديم آرائهم وعقولهم وأذواقهم وسياستهم ومعارفهم على ما جاء به ورفعها عليه ، أليس هذا أولى أن يكون محبطا لأعمالهم ؟ .

وقال جل شأنه : « انما المؤمنون الذين آمنوا بالله ورسوله ، واذا كانوا معه على أمر جامع لم يذهبوا حتى يستأذنوه » [النور : ٦٢] فاذا جعل الله من لوازم الايمان أنهم لا يذهبون اذا كانوا معه الا بعد استئذانه فأولى أن يكون من لوازم الايمان أن لا يذهبوا الى قول أو فعل ، ولا الى مذهب علمي أو سياسي الا بعد استئذانه ، واذنه يعرف بعد وفاته بموافقة ما يذهبون اليه لما جاء به ، فان وافقه فقد أذن ، وان لم يوافقه — ثم ذهبوا الى هذا المخالف — فقد انتفى عنهم الايمان ، وحبطت أعمالهم ، وخسروا دنياهم وآخرتهم (١) .

٥ — ان الله أمر بأن يكون الحكم طبقا لما أنزل ، وجعل من لم يحكم بما أنزل الله كافرا ، وظالما ، وفاسقا ، فقال جل شأنه : « ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون » [المائدة : ٤٤] وقال : « ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون » [المائدة : ٤٥] وقال : « ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الفاسقون » [المائدة : ٤٧] .

ومن المتفق عليه بين المفسرين ان من قبلنا استحدثوا لأنفسهم شرائع وقوانين ، وتركوا بالحكم بها بعض ما أنزل الله ، فاعتبرهم الله بعملهم هذا

---

(١) أعلام الموقعين ج ١ ص ٥٨ .

كفارا وظلمة وفاسقين »

ومن المتفق عليه أيضا بين المفسرين أن من يستحدث من المسلمين أحكاما غير ما أنزل الله ، ويترك بالحكم بها كل أو بعض ما أنزل الله من غير تأويل يعتقد صحته ، فانه يصدق عليهم ما قاله الله تعالى كل بحسب حاله فمن أعرض عن الحكم بحد السرقة أو القذف أو الزنا لأنه يفضل غيره من أوضاع البشر عليه فهو كافر قطعا ، ومن لم يحكم به لعلة أخرى غير الجحود والنكران فهو ظالم ان كان في حكمه مضيعا لحق ، أو تاركا لعدل ، أو مساواة ، والا فهو فاسق (١) .

٦ — واذا لم يكن لمؤمن أن يؤمن بغير ما أنزل الله ، أو يقبل حكما غير حكمه ، فليس لمؤمن أن يحاول التوفيق بين ما جاء من عند الله وبين ما يخالفه ، وأن يجمع بين حكم الله وحكم الطاغوت أو حكم الهوى ، فان ذلك هو الكفر المبرقع والنفاق السافر ، وعلى كل مسلم أن يحارب الدعوة الى هذا التوفيق ، وأن يعرض عن الداعين اليه ؛ لان الايمان بالله وبما جاء من عنده يتنافى مع التوفيق بين ما جاء به الرسول وبين ما يخالفه ، بل الايمان المحض يقتضي اعلان الحرب الشعواء على كل ما يخالف ما جاء به الرسول من طريقة ، وحقيقة ، وعقيدة ، وسياسة ، ورأي ، حتى يكون الحكم خالصا لما جاء من عند الله . وحتى تكون كلمة الذين كفروا بما جاء من عند الله السفلى ، وكلمة الله هي العليا (٢) .

ذلك هو حكم الله ، نزل في الصادين عن سبيل الله ، الداعين الى

---

(١) تفسير المنار الجزء السادس ص ٤٠٥ — روح المعاني للالوسي الجزء السادس ص ١٤٥ — تفسير الطبري ج ٦ ص ١١٩ — تفسير القرطبي ج٦ ص ١٥٠ .

(٢) أعلام الموقعين ج ١ ص ٥٧ .

التوفيق بين ما جاء من عند الله وما يخالفه ، وذلك هو قوله تعالى : « واذا قيل لهم تعالوا الى ما أنزل الله والى الرسول رأيت المنافقين يصدون عنك صدودا ، فكيف اذا أصابتهم مصيبة بما قدمت أيديهم ثم جاءوك يحلفون بالله ان أردنا الا احسانا وتوفيقا • أولئك الذين يعلم الله ما في قلوبهم فأعرض عنهم وعظهم وقل لهم في أنفسهم قولا بليغا » [النساء : ٦١ — ٦٣] •

٧ — ان الله نفى الايمان عن العباد ، وأقسم بنفسه على ذلك ، حتى يحكموا الرسول فيما شجر بينهم من الدقيق والجليل والخطير والحقير ، ولم يكتف في اثبات الايمان لهم بهذا التحكيم المجرد ، بل اشترط لاعتبارهم مؤمنين أن ينتفي عن صدورهم الحرج والضيق من قضاء الرسول وحكمه وأن يسلموا تسليما ، وينقادوا للرسول انقيادا ، والرسول لا يحكم الا بما أنزل الله وبما أراه اياه فالمؤمن يجب عليه اذن ان يحكم بما أنزل الله ، وأن يؤمن بأنه أصلح الاحكام وافضلها ، ولو قال الناس ان غيره أصلح منه ؛ لأنه لا يكون مؤمنا الا اذا أطاع طاعة تامة ، وانقاد انقيادا تاما كاملا لما أمر الله ورسوله ، وذلك قوله تعالى : « فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما » [النساء : ٦٥] •

ويستدل الفقهاء بهذه الآية على أن من رد شيئا من أوامر الله أو أوامر رسوله فهو خارج عن الاسلام ، سواء ردّه من جهة الشك فيه — ٢٥٧ —،

---

٢٥٧ — اذا كان الشك في صدور الامر من الله أو من رسوله فلا يكون ذلك سببا لخروجه عن الايمان وكيف يكون سببا لعدم ايمانه مع ان العلماء كثيرا ما يشكون في صدور بعض الاحكام الشرعية ولا يتوهم أحد أن ذلك يكون سببا للحكم بكفرهم •

أو من جهة ترك القبول ، أو الامتناع عن التسليم ، ولقد حكم الصحابة — ٢٥٨ — بارتداد مانعي الزكاة ؛ لأن الله حكم بأن من لم يسلم بما جاء به الرسول — ٢٥٩ — ولم يسلم بقضائه وحكمه فليس من أهل الايمان (١) .

٨ — ان كل ما يخالف الشريعة محرم على المسلمين ، ولو أمرت به أو أباحته السلطة الحاكمة أيا كانت ؛ لأن حق الهيئة الحاكمة في التشريع

(١) أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٢١٤ — أعلام الموقعين ج ١ ص ٥٧ ، ٥٨ .

٢٥٨ — مر بنا مرارا أن فقهاء المذهب الجعفري لا يرون الاجماع حجة ما لم يكشف عن رأي نبي أو امام معصوم والاجماع المذكور لما كان بعد النبي (ص) فلا يكون كاشفا عن رأيه (ص) ، ولما لم يعلم موافقة من علمت عصمته من الاصحاب وهم امير المؤمنين علي (ع) والزهراء والحسنان (ع) فلا يكون كاشفا عن رأي معصوم ، ويرى فقهاء المذهب الجعفري أن مانعي الزكاة ان كان للشك في مشروعيته فلا ريب في كفر الشاك لان مشروعية الزكاة مما علم بالضرورة من الدين واما ان كان للشك في استحقاق مدعي الخلافة للمطالبة بالزكاة فلا يوجب خروجا عن الاسلام لان لزوم الدفع الى شخص معين لم يعلم وجوبه بضرورة من الدين فلا يكون انكاره موجبا للكفر ، والثابت تاريخيا أن مالك بن نويره انما امتنع من دفع الزكاة لعدم اعترافه بخلافة ابي بكر لا لشكه في وجوب الزكاة .

٢٥٩ — أي من لم يؤمن بما ثبت عن النبي ضرورة لا من لم يدفع الزكاة الى شخص معين .

مقيد بأن يكون التشريع موافقا لنصوص الشريعة ، متفقا مع مبادئها العامة وروحها التشريعية فان استباحت الهيئة الحاكمة لنفسها أن تخرج عن حدود وظيفتها ، وأن تصدر قوانين لا تتفق مع الشريعة وتضعها موضع التنفيذ ، فان عملها لا يحل هذه القوانين المحرمة ، ولا يبيح لمسلم أن يتبعها أو يطبقها أو يحكم بها ، أو ينفذها ، بل تظل محرمة تحريما قاطعا على كل مسلم ومسلمة ، ومن واجب الافراد لامن حقوقهم أن يمتنعوا عن اتباعها ، ومن واجب الموظفين أن يمتنعوا عن تنفيذها ، لان طاعة أولي الامر لا تجب لهم استقلالا ، وانما تجب ضمن طاعة الرسول ، ولا تجب لهم مطلقة ، وانما تجب في حدود ما أمر به الله والرسول ، وذلك قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الامر منكم ، فان تنازعتم في شيء فردوه الى الله والرسول ان كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلا » [النساء : ٥٩] فأمر الله بطاعته وطاعة رسوله ، واعادة فعل الطاعة عند ذكر الرسول يشعر بأن طاعة الرسول تجب له استقلالا سواء كان ما أمر به في القرآن أو لم يكن فيه ، لأنه أوتى الكتاب ومثله معه ، وحذف فعل الطاعة عند ذكر أولي الامر دليل على أن طاعة أولي الامر لاتجب لهم استقلالا وانما هي في ضمن طاعة الرسول ، كذلك فان تقدم طاعة الله وطاعة الرسول يقتضي أن لا يطاع أولو الامر الا بعد استيفاء الطاعة لله وللرسول في كل ما يصدر عن ولي الامر ، فأولي الامر — ٢٦٠ — يطاعون

٢٦٠ — ان المراد بأولي الامر ان كان خصوص أئمة أهل البيت الذين ثبتت عصمتهم فلا يتصور ان يأمروا الا بطاعة الله ، وان كان المراد من أولي الامر معنى يشمل كل من ترأس الدولة الاسلامية بحق فلا يستحيل صدور الامر بالمعصية منه الا انه بمجرد أمره بمعصية الله يسقط عن مقامه

تبعا لطاعة الله وطاعة الرسول ، وبعد توفر الطاعة لله ورسوله ، فمن أمر منهم بما يوافق ما أنزل الله على رسوله فطاعته واجبة ، ومن أمر بخلاف ما جاء به الرسول فلا سمع له ولا طاعة (١) .

٩ — ان السنة بينت حدود الطاعة لاولي الامر ، ونهت عن طاعتهم فيما يخالف ما أنزل الله ، فصح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: « لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق » وقال : « انما الطاعة في المعروف ». وقال في ولاة الامور : « من أمركم منهم بمعصية فلا سمع له ولا طاعة ».

وفي عهد الرسول أمر أحد الامراء جنوده أمرا فتقاعسوا عن تنفيذه، فجمع حطبا وأشعل نارا ، ثم قال لهم : ألم يأمركم الرسول أن تسمعوا الى وتطيعوا ؟ قالوا : بلى . قال : فاني آمركم أن تدخلوا هذه النار ، فهموا أن يدخلوها فلما بلغ ذلك الرسول قال : « لو دخلوها لما خرجوا منها » أي لخلدوا في النار في الدار الآخرة ، قال الرسول هذا القول مع أنهم كانوا يدخلونها طاعة لاميرهم وظنا منهم أن ذلك واجب عليهم ، ولكن لما قصروا في الاجتهاد وبادروا الى طاعة من أمر بمعصية الله استحقوا أن تكون النار جزاءهم لا يخرجون منها . واذا كان هذا حال من قصر في الاجتهاد واشتبه عليه الامر فلم يتثبت منه ، فكيف يكون حال من أطاع أمرا مخالفا مخالفة صريحة لما أنزل الله ؟ (٢) .

١٠ — ان اجماع الامة الاسلامية انعقد بعد وفاة الرسول صلى الله عليه

---

(١) أعلام الموقعين ج١ ص ٥١ — تفسير المنار ج ٥ ص ١٨٠ وما بعدها.
(٢) أعلام الموقعين ج ١ ص ٥٧ .

فلا يجب اطاعة امره ولو سلم فاللازم تقييدها بما دل على انه لا طاعة لمخلوق في عصيان الخالق .

وسلم على أنه لا طاعة لاولي الامر الا في حدود ما أنزل الله ، فهـذا ابو بكر — ٢٦١ — خليفة رسول الله يقول مخاطبا المسلمين بعد مبايعته : أطيعوني ما أطعت الله فيكم ، فان عصيت فلا طاعة لي عليكم . فجعل رضي الله عنه طاعته مشروطة بطاعة الله ، فان عمل في حدود ما أنزل الله وجبت طاعته ، وان خرج عن هذه الحدود فلا سمع ولا طاعة ، وهؤلاء فقهاء هذه الامـة ومجتهدوها يجمعون على أن طاعة أولي الامر لا تجب الا فيما أمر الله ، وان لا طاعة لهم فيما يخالف ذلك [١] ولا خلاف بينهم قولا او اعتقادا في أنـه لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق ، وأن اباحة المجمع على تحريمه كالزنا والسكر ، واستباحة ابطال الحدود ، وتعطيل أحكام الشريعة ، وشرع مالم يأذن به الله . انما هو كفر وردة ، وأن الخروج على الحاكم المسلم اذا أرتد واجب على المسلمين ، وأقل درجات الخروج على أولي الامر عصيان أوامره ونواهيه المخالفة للشريعة [٢] .

١١ — ان أولي الامر بحسب نصوص الشريعة الاسلامية ليس لهم حق التشريع المطلق للاسباب التي بيناها ، وان حقهم في التشريع قاصر على نوعين من التشريع : الاول — تشريعات تنفيذية يقصد بها ضمان تنفيذ نصوص

(١) الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٤١ — شرح الدردير ج ٤ ص ٢١٨ — المهذب ج ٢ ص ١٨٩ — حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٤٢٩ .

(٢) تفسير المنار ج ٦ ص ٣٦٧ — أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص٢١٤ — روح المعاني للالوسي ج ٥ ص ٦٦ وما بعدها .

٢٦١ — لا يعتمد فقهاء المذهب الجعفري الا على كلام من ثبتت عصمته ، ولما كان ابو بكر لم يدع أحد من المسلمين عصمته فلا يعتمد على كلامه وان كان لا ريب في ذلك عند المسلمين ومن البـديهي كـونه ثابت بالضرورة من الدين .

الشريعة الاسلامية • والثاني — تشريعات تنظيمية لتنظيم الجماعة وحمايتها وسد حاجتها على أساس مبادىء الشريعة العامة ، وهذه التشريعات لا تكون الا فيما سكتت عنه الشريعة فلم تأت بنصوص خاصة فيه ولا يمكن أن تكون فيما نصت عليه الشريعة ، ويشترط في هذه التشريعات قبل كل شيء أن تكون متفقة مع مبادىء الشريعة العامة وروحها التشريعية ؛ فهي تشريعات توضع بقصد تنفيذ مبادىء الشريعة العامة ، واذن فهي في حقيقتها نوع آخر من التشريعات التنفيذية •

١٢ — ان أولي الامر حين يتولون التشريع المقيد على الوجه السابق يقومون به اما باعتبارهم خلفاء للرسول أو نوابا عن الجماعة الاسلامية ، فان كانوا خلفاء للرسول فليس لهم أن يخرجوا على ما جاء به الرسول ؛ لانهم خلفوه بقصد تنفيذ ما جاء به ، وان كانوا نوابا عن الجماعة الاسلامية فليس لهم أن يخرجوا على ما تدين به هذه الجماعة وما تؤمن بـه ؛ والا خرجوا على حدود النيابة ، لان الجماعة لم تقمهم حكاما الا لاقامة الدين ، وحكم الجماعة على أساس الشريعة الاسلامية • فأولي الامر — أيا كان السند الذي يستندون اليه في حق التشريع — ليس لهم أن يخرجوا على نصوص الشريعة أو مبادئها العامة أو روحها التشريعية •

١٣ — ان الشريعة الاسلامية هي الدستور الاساسي للمسلمين كما تبين مما سبق ، فكل ما يوافق هذا الدستور فهو صحيح ، وكل ما يخالف هـذا الدستور فهو باطل ، مهما تغيرت الازمان وتطورت الآراء في التشريع ؛ لان الشريعة جاءت من عند الله على لسان رسوله ليعمل بها في كل زمان وكل مكان ، فتطبيقها ليس محدودا بزمن ، ولا مقصورا على أشخاص أو أجيال أو أجناس ، وهي واجبة التطبيق حتى تلغى أو تنسخ ، ولا يمكن أن تلغى

أو تنسخ ، لان القاعدة الاساسية في الشريعة الاسلامية بل وفي القوانين الوضعية الحديثة أن النصوص لا ينسخها الا نصوص في مثل قوتها أو أقوى منها ، أي نصوص صادرة من نفس الشارع أو من هيئة لها من سلطان التشريع مثل ما للهيئة التي أصدرت النصوص المراد نسخها ، أو من هيئة يزيد سلطانها التشريعي على سلطان من أصدر النصوص المطلوب نسخها ، فالنصوص الناسخة اذن يجب أن تكون قرآنا أو سنة حتى يمكن أن تنسخ ما لدينا من قرآن وسنة ، وليس بعد الرسول قرآن حيث انقطع الوحي ، ولا سنة حيث توفى الرسول ، ولا يمكن أن يقال ما يصدر عن هيئاتنا التشريعية البشرية في درجة القرآن والسنة ، أو أن لها من سلطان التشريع ما لله وللرسول ، ولكن الذي يمكن أن يقال وهو الواقع ان أولي الامر منا لا يملكون حق التشريع ، وانما لهم حق التنفيذ أو التنظيم ، فالتشريع من حق الله والرسول — ٢٦٢ — ، وقد انتهى عهده بوفاة الرسول واستقر أمره بانقطاع الوحي ، والتنفيذ والتنظيم لاولي الامر ، فلهم أن يصدروا قوانين ولوائح وأوامر تنفيذا لما شرعه الله ورسوله — ٢٦٣ — ، ولهم أن ينظموا الجماعة ويراجهوها طبقا لما شرعه الله ورسوله ، فالله قد تكفل بوضع التشريعات الاصلية وشرع على لسان رسوله نصوصا وأحكاما أساسية ، وأوجب على أولي الامر تنفيذها كما هي ، كما أوجب عليهم أن ينظموا الجماعة ويوجهوها على أساسها ولهم في سبيل أداء هذا الواجب أن يصدروا القوانين ، والمراسيم واللوائح والقرارات التي تضمن تنفيذ هذه التشريعات الاساسية ، واقامة الجماعة على

---

٢٦٢ — بل من حق الله وحده والرسول (ص) ناقل له .

٢٦٣ — بل لما شرعه الله وبلغه الرسول (ص) فان الرسول في جميع الموارد مبلغ عن الله لا مشرع .

أساسها ولكن ليس لهم بأي حال أن يعطلوا التشريعات الاساسية أو يلغوها ، لان ذلك خارج عن سلطانهم ولا يتسع له مقدورهم •

واذا أردنا أن نأتي بتشبيه يقرب هذا المعنى الى أذهاننا ، قلنا : ان الشريعة تعتبر بمثابة القوانين الوضعية ، وان ما تصدره الهيئات التشريعية يعتبر بمثابة اللوائح والقرارات التي تصدر لضمان تنفيذ هذه القوانين ، أو قلنا ان الشريعة تعتبر بمثابة الدستور الوضعي ، وان ما تصدره الهيئات التشريعية يعتبر بمثابة القوانين الوضعية التي يشترط فيها أن تكون موافقة لنصوص الدستور وغير خارجة عليه والا كانت باطلة •

ونخلص من هذا كله بأن القوانين واللوائح والقرارأت أدنى مرتبة من القرآن والسنة ، ولا يمكن أن يتغلب القانون الادنى على القانون الاعلى درجة •

١٤ — ان الدستور المصري — ٢٦٤ — ينص على أن دين الدولة الرسمي هو الاسلام ، ومعنى هذا النص أن النظام الاساسي الذي تقوم عليه الدولة هو الاسلام • وأنه المصدر الذي تأخذ عنه ، والمرجع الذي تنتهي اليه ، والحاكم الذي تأتمر بأمره وتنتهي بنهيه ، فوجود هذا النص في الدستور المصري ، وهو القانون الاولي بالنسبة لغيره من القوانين التي تسنها هيئاتنا التشريعية يقتضي ان تتقيد بنصوص الشريعة الاسلامية في قوانيننا ، وسياستنا ، وتعليمنا ، وتنظيمنا الداخلي والخارجي ، وفي كل أوجه نشاطنا فلا نحل الا ما أحلته الشريعة ، ولا نحرم الا ما حرمته ولا نخرج على مبادىء الشريعة وروحها في تشريعاتنا وأنظمتنا •

ونحن لا نذكر هذا النص من الدستور لنستدل به على وجوب تطبيق الشريعة الاسلامية ، وبطلان القوانين المخالفة لها ، وانما نذكره فقط لنبين

---

٢٦٤ — وهكذا العراقي •

ما يقتضيه ويستوي عندنا بعد ذلك أن يعترف الدستور بالدين الاسلامي أو ينكره ، فان إعتراف الدستور أو انكاره ليس له قيمة ذاتية ، والعبرة في هذا الامر الواقع وبحكم الدين الاسلامي نفسه ، وحكم الدين الاسلامي : أنه لا قانون للمسلمين غير الشريعة ، وان الشريعة هي دستورهم وقانونهم الاساسي ، وكل ما خالفها من القوانين الوضعية باطل سواء سمي دستورا أو قانونا أو لائحة أو قرارا أو أمرا او غير ذلك من المسميات ، التي لا تعترف بها الشريعة الا اذا كانت موافقة لنصوصها وغير خارجة على مبادئها العامة وروحها .

١٥ — ان نظرية الشريعة الاسلامية في بطلان كل ما يخالف القرآن والسنة أو بمعنى آخر كل ما يخالف التشريعات الاساسية هي نظرية تعترف بها اليوم كل البلاد التي تطبق القوانين الوضعية ، ولكنها تختلف في تطبيقها فأكثر البلاد المتمدينة ترى بطلان كل قانون أو لائحة أو قرار جاء مخالفا للدستور ، باعتبار أن الدستور هو التشريع الاساسي لهذه البلاد ، ويجب أن لا يصدر قانون أو لائحة أو قرار على خلافه ، ولأن الدستور لا تعدل نصوصه الا بشروط خاصة ، وبأغلبية خاصة ، لا تشترط في أي قانون فالهيئة التي شرعت الدستور أعلى من الهيئات التي تشرع القوانين وغيرها . أما أقلية البلاد المتمدينة فلا تأخذ بنظرية البطلان على اطلاقها وتفرق بين القوانين وما دونها من القرارات واللوائح والأوامر ، فاذا جاء القانون مستوفيا شكله القانوني اعتبر صحيحا ولو كان مخالفا للدستور ، أما اللوائح والقرارات والاوامر فتعتبر باطلة اذا جاءت مخالفة للدستور أو للقوانين ولو استوفت شكلها القانوني ، وسند أصحاب هذه النظرية أن القوانين تعتبر عندهم في درجة الدستور ، لأن الهيئة التشريعية التي تصدر الدستور

والقوانين واحدة وسلطانها واحد ، أما الهيئة التي تصدر اللوائح والأوامر والقرارات فهي أقل درجة من الهيئة التي وضعت الدستور والقوانين وسلطانها أقل [1] .

هذه هي نظرية البطلان في القوانين الوضعية عند من يأخذون بها على اطلاقها ومن يقيدونها ، فاذا طبقناها مطلقة أو مقيدة على البلاد الاسلامية وجب أن نقول ببطلان كل ما يخالف الشريعة الاسلامية سواء استوفى الشكل أو لم يستوفه ، لأن الشريعة هي التشريع الاساسي للمسلمين ، ولأن شارعها هو الله أجل من أن يقارن بعباده المشترعين .

وقبل أن نترك هذه النقطة يجب أن نقرر أن الشرائع الوضعية لم تعرف نظرية البطلان هذه الا حديثا ، فعمرها في القوانين الوضعية أقل من قرن ، بينما عرفتها الشريعة الاسلامية من قبل أن تعرفها القوانين الوضعية بأكثر من اثني عشر قرنا ، ويكفي الشريعة فخرا أن يكون أقدم ما فيها هو أحدث ما في القوانين ، وان تكون النظرية التي يهلل لها الناس اليوم ويرون فيها كل الضمان ضد طغيان السلطة التشريعية هي نظرية الشريعة الاسلامية ، واذا كان الناس يجهلون هذا وغيره عن الشريعة الاسلامية فليس الذنب ذنب الشريعة، وانما هو ذنب أهلها الذين لا يعرفون عنها بعض ما يعرفونه عن غيرها .

١٠٦ — ان استيفاء التشريعات المخالفة للشريعة شكلها القانوني لا يمنع من أنها تشريعات باطلة بطلانا مطلقا من ناحية الموضوع ، وصحة الشكل لا يمكن أن تؤثر على بطلان الموضوع ، لان صحة الشكل لا تحيل الحرام حلالا ، والباطل صحيحا ، ومن ثم يجب على القاضي أن لا يطبق التشريعات

(١) شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسي والسعيد مصطفى ص ١٠٩ وما بعدها — الموسوعة الجنائية ج ٥ ص ٥٥٨ وما بعدها — القانون الجنائي لعلي بدوي ص ١٠٥ .

المخالفة للشريعة ولو استوفت شكلها القانوني .

١٩٤ — مدى بطلان ما يخالف الشريعة :

قلنا : ان ما يخالف الشريعة من قانون أو لائحة أو قرار باطل بطلانا مطلقا ، لكن هذا البطلان لا ينصب على كل نصوص القانون أو اللائحة أو القرار ، وانما ينصب فقط على النصوص المخالفة للشريعة دون غيرها ؛ لأن أساس البطلان هو مخالفة الشريعة فلا يمتد البطلان منطقيا لما يوافق الشريعة من النصوص ولو أنها أدمجت في قانون واحد أو لائحة واحدة أو قرار واحد مع غيرها من النصوص المخالفة للشريعة . وتعتبر النصوص الموافقة للشريعة صحيحة ما دامت قد صدرت من هيئة تشريعية مختصة ، واستوفت الاجراءات الشكلية المقررة .

واذا كان البطلان قاصرا على النصوص المخالفة للشريعة فان هـــذه النصوص لا تعتبر باطلة في كل حالة ، وانما هي باطلة فقط في الحالات التي تخالف فيها الشريعة ، صحيحة في الحالات التي تتفق فيها مع الشريعة ، وليس هذا بمستغرب ما دام أساس الصحة والبطلان راجع الى موافقة ألشريعة أو مخالفتها ، اذ العلة تدور مع المعلول وجودا وعدما .

ومن الامثلة على بطلان النص الواحد في بعض الحالات وصحته في بعض الحالات الاخرى جريمة الزنا ، فعقوبتها في الشريعة رجم الزاني المحصن وجلد الزاني غير المحصن ، والزنا شرعا هو ادخال الحشفة أو مقدارها في الفرج ، فما كان دون ذلك فلا حد فيه ، وانما فيه التعزير ؛ فالشروع في الزنا ومقدمات الزنا من قبلة وعناق وملامسة كل ذلك لا يعاقب عليه بعقوبة الحد : وهي الرجم والجلد والفعل التام لا يعاقب عليه في بعض الحالات بعقوبة

الحد اذا دريء الحد للشبهة أو كان الجاني صغير السن ، وعلى هذا فالجرائم التامة التي يجب فيها الحد لا يجوز أن تطبق عليها نصوص القانون ، لانها تخالف حكم الشريعة وتعاقب بعقوبة غير عقوبتي الرجم والجلد اللتين توجبهما الشريعة ، أما الجرائم التامه التي دريء فيها الحد ، والجرائم غير التامة ، فالعقوبة عليها هي عقوبة التعزير طبقا للشريعة . والتعزير من العقوبات التي تتركها الشريعة لتصرف الهيئات التشريعية . ولما كان قانون العقوبات صادرا عن هذه الهيئات — ٢٦٥ — ، فان عقوباته تعتبر تعازير عن الافعال التي لا يعاقب عليها بعقوبة الحد أي بأية عقوبة مقدرة ، ومن ثم تكون نصوص قانون العقوبات باطلة في كل حالة يجب فيها الحد صحيحة في كل حالة تستوجب التعزير .

والسرقة العادية عقوبتها القطع في الشريعة، وعقوبتها الحبس في القانون، ولكن حد القطع لا يجب الا في سرقة تامة توفرت فيها شروط الحد فاذا لم تكن السرقة تامة ، أو لم تتوفر شروط الحد فالعقوبة هي التعزير ، والعقوبة المقررة في قانون العقوبات هي عقوبة تعزيرية ، ومن ثم تكون نصوص قانون

---

٢٦٥ — الهيئة التشريعية المعترف بها اسلاميا بنظر فقهاء المذهب الجعفري هي التي تجتمع فيها الشروط المقررة في الاسلام وتنتخب من الامة وعملها استخراج الاحكام من الشريعة الاسلامية.والهيئات التي وضعت القوانين في البلاد العربية كلها لم تتصف بالاوصاف المذكورة فهي ليست من الهيئات التي أوكلت عقوبة التعزير اليها بل ظاهرها بعض النصوص أن التعزير أوكل الى الحاكم لا الى الهيئة التشريعية ايا كانت فلا تكون أحكامها لازمة الاتباع وان لم تخالف الاسلام اذ لا سلطة لها على ذلك وكذا الكلام في عقوبتي السرقة والقذف .

العقوبات الخاصة بالسرقة باطلة في كل سرقة عادية تعاقب عليها الشريعة بالقطع وصحيحة في كل سرقة تعاقب عليها الشريعة بالتعزير .

والقذف في الشريعة عقوبته الجلد ثمانين جلدة ، ولكن القذف المعاقب عليه بعقوبة الحد هو الرمي بالزنا أو نفي النسب ، وما عدا ذلك لا يعتبر قذفا وانما يعتبر سبا وعقوبته التعزير ، ولما كانت الاجزية في قانون العقوبات تعازير فان نصوص قانون العقوبات الخاصة بالقذف تعتبر باطلة في كل قذف تعاقب عليه الشريعة بعقوبة الحد الا فيما يختص بالمنع من اثبات القذف فان الشريعة لا تمنع القاذف من اثبات ما قذف به بينما القوانين تمنع ذلك[1] .

١٩٥ ـ ما يترتب على بطلان النصوص المخالفة للشريعة :

يترتب على اعتبار النصوص المخالفة للشريعة باطلا بطلانا مطلقا نتائج هامة نبينها فيما يلي : ــ

أولا ــ من وجهة تطبيق النصوص الباطلة : ــ يجب على القاضي أن لا يطبق النصوص القانونية الباطلة في حالات البطلان ، وعليه أن يطبقها فقط في حالات الصحة ، وليس القاضي أن يحتج بأي القوانين لا تخوله حق الفصل في صحتها وبطلانها مرتكنا في ذلك الى نفس هذه القوانين ، فانسلطة القاضي في ابطال ما يخالف الشريعة تأتي من الشريعة لا من القوانين المخالفة لها .

ويستوي أن يحكم القاضي ببطلان النص المخالف أو يكتفي بالامتناع عن تطبيقه لبطلانه ، لان القاضي لابد أن يبين في حكمه سبب امتناعه عن تطبيق النص وهو البطلان ، وهذا البيان يساوي تماما الحكم بالبطلان ولو

(١) راجع الفقرة ٢٤٠ ــ اثبات القذف حق للقاذف ، وقانون العقوبات المصري الحقوق الشرعية طبقا للمادة السابعة منه .

جاء في أسباب الحكم فقط ولم يدخل في منطوقه ، لانه سبب جوهري • والاسباب الجوهرية تعتبر جزءا من منطوق الحكم •

وليس للقاضي أن يحكم بالبراءة بحجة بطلان النص المطلوب تطبيقه على الواقعة ، أو بحجة أنه مكلف طبقا للقانون أن يحكم بعقوبة معينة فان لم يحكم بها فعليه أن يبرىء المتهم • ليس للقاضي ذلك ، لان القول بالبطلان أساسه أن الشريعة تمنع من تطبيق غير أحكامها ، وتوجب أن يعاقب مرتكب الجريمة بالعقوبات التي قررتها ، فاذا أخذنا بحكم الشريعة في بطلان نص القانون استلزم ذلك الاخذ بحكم الشريعة في عقوبة الواقعة ، فيجب اذن ان لا يحكم القاضي بالبراءة ، وأن يحكم بالعقوبة المقررة في الشريعة الاسلامية ما دام مختصا بنظر الجريمة •

واذا اقتنع القاضي ببطلان النصوص المخالفة للشريعة وجب عليه أن يطبق حكم الشريعة ، وليس يهمه بعد ذلك أن ينفذ حكمه أو لا ينفذ ما دام قد أدى واجبه وفعل ما يعتقده حقا ، فضلا عن أن التنفيذ ليس من اختصاصه بل هو من اختصاص السلطة التنفيذية ، وهي ملزمة بتنفيذ أحكام القضاء كلما كانت نهائية أو واجبة التنفيذ ، فاذا أصبح حكم القاضي نهائيا اضطرت السلطة التنفيذية لتنفيذه •

ثانيا — من وجهة الاختصاص : — وليس للقاضي أن يحكم بعدم اختصاصه بنظر الجريمة المعروضة عليه ، لأنه مختص بنظرها طبقا لنص القانون الجنائي الذي أصدرته الهيئة التشريعية • ولأن النصوص التي تحدد الاختصاص صحيحة اذا صدرت ممن يملك توزيع الاختصاص ، ولا عبرة بما كان عليه العمل قديما عند نظر جرائم الحدود فان القضاء في الشريعة الاسلامية يتخصص بالزمان والمكان ، ولولي الامر طبقا للشريعة سلطة توزيع الاختصاص

القضائي ، وقد وزعه فيما يختص بالجرائم على المحاكم الجنائية بالشكل الوارد في القوانين •

واذا كان توزيع الاختصاص بين المحاكم الجنائية قائما أصلا على أساس جسامة العقوبة الا أن المشرع قد بين بشكل قاطع الجرائم التي تختص بها كل محكمة وما دامت القوانين الجنائية لم تذكر شيئا عن عقوبات الشريعة فلننظر الى الجريمة ذاتها ، فان كانت من اختصاص المحاكم الجزئية اعتبر القاضي نفسه مختصا — ٢٦٦ — وحكم بالعقوبة المقررة في الشريعة بدلا من العقوبة التي جاء بها القانون ولا تقرها الشريعة ، على أساس أن المشرع رضي له أن يحكم بالعقوبة المقررة لهذه الجريمة على كل من ارتكبها ، وجعل الحكم بعقوبتها من اختصاصه •

وعلى هذا يكون القاضي الجزئي مختصاً بنظر قضايا السرقة العادية ، والقذف ، والشرب ، أما السرقة المصحوبة باكراه أو تهديد ، والسرقة التي ترتكب في الطريق العام ، وهي ما يسمى في الشريعة بقطع الطريق أو الحرابة فهذه من اختصاص محاكم الجنايات لسببين • أولهما : أن الفعل المكون للجريمة جعل بنص القانون من اختصاص محاكم الجنايات : وثانيهما : ان الشريعة نصت على القتل عقوبة في هذه الجريمة والقتل عقوبة لا يحاكم بها الا محاكم الجنايات طبقا للقانون — ٢٦٧ — •

---

٢٦٦ — اذا كان فيه أهلية القضاء وكانت الجهة التي عينت له الاختصاص معترف بها شرعا •

٢٦٧ — اذا كانت الهيئة التي سنته معترف بها شرعا والا فلا يتبع القانون في كل ما يشتمل عليه ولا يتبع في تعيينه اختصاص المحاكم بل لاي قاضي تجتمع فيه الشرائط أن ينظر في جميعها •

أما جريمة الزنا فان كانت من غير محصنين نظرنا الى الفعل المنسوب اليهما ، فان كان القانون قد جعله من اختصاص محكمة الجنح حوكم المتهمان أمام هذه المحكمة ، وان كان قد جعله من اختصاص محكمة الجنايات حوكم المتهمان أمامها ، ويمكن القول بأنه لا داعي لاختصاص محاكم الجنايات في الزنا من غير محصنين ، لان اختصاص هذه المحاكم كان أساسه توقيع عقوبة خاصة تخالف العقوبة التي توقعها محكمة الجنح ، فاذا كان الفعل لا يعاقب عليه في الشريعة الا بعقوبة واحدة هي الجلد ، كان من المعقول أن تكون محكمة الجنح هي المختصة ، ما دامت تختص بتوقيع عقوبة الجلد على الزنا في بعض الصور .

واذا كان الزنا من محصنين فالجريمة من اختصاص محاكم الجنايات ، لأن العقوبة المقررة للزنا هي الرجم أي القتل بطريق معين ، والحكم بعقوبة القتل من اختصاص محاكم الجنايات ، وليس من اختصاص القاضي الجزئي . واذا كان أحد الزانين غير محصن ، فالاختصاص لمحاكم الجنايات أيضا ، لأن فعل الزنا لا يمكن تجزئته ، ووحدة الفعل المنسوب للزانيين تقتضي أن يحاكما عليه أمام محكمة واحدة ، ولان القاضي الجزئي لا يملك عقاب الزاني المحصن وان كان له أن يعاقب الزاني المحصن . أما محكمة الجنايات فتملك عقاب الزاني المحصن بالرجم وتملك أن تعاقب بما هو أدنى من الرجم كالجلد ، لأن من يملك الأكثر يملك الاقل .

ثالثا — من وجهة تطبيق القوانين بصفة عامة : يترتب على الاخذ بنظرية البطلان أن لا يطبق من أحكام القوانين الوضعية جنائية ، أو مدنية ، أو تجارية أو دولية الخ . الا الاحكام التي تتفق مع نصوص الشريعة ، اذا كانت الشريعة قد نصت صراحة على أحكام خاصة ، أو الاحكام التي تتفق مع مبادىء

الشريعة العامة وروحها التشريعية ، اذا لم تكن الشريعة قد نصت على أحكام خاصة • أما الاحكام المخالفة للشريعة فتهمل اهمالا تاما ، وتحل محلها أحكام الشريعة مع مراعاة اختيار الآراء الشرعية التي تنسجم مع نصوص القوانين الصحيحة •

ولا يشترط — ٢٦٨ — لصحة نصوص القوانين أن تكون أحكامها موافقة لمذهب معين في الشريعة كالمذهب الحنفي مثلا أو المالكي ، بل يكفي لاعتبار حكم القانون صحيحا أن يكون موافقا لرأي أحد المجتهدين من فقهاء الشريعة ، اذ أن اختيار المشرع لحكم متفق مع مذهب شرعي يعتبر أخذا بالمذهب المتفق مع هذا الحكم •

واذا كان بعض الحكم متفقا مع الشريعة وبعضه مخالفا لها فالمخالف باطل ويحل محله حكم الشريعة الذي ينسجم مع بقية الحكم الذي لم يبطل دون حاجة للتقييد بمذهب شرعي معين — ٢٦٩ — •

وعلى هذا الاساس يمتنع التنافر بين النصوص ، ويكون هناك تناسق بين النصوص الشرعية والنصوص القانونية ، على ان هذا لا يمنع المشرع فيما بعد من اختيار النظريات الشرعية التي تتفق مع حالتنا الاجتماعية — ٢٧٠ — ، وتعديل القوانين تعديلا شاملا على أساس هذه النظريات •

٢٦٨ — لا يصح للقاضي ان يحكم الا على وفق فتواه ان كان مجتهدا أو فتوى من يرجع اليه في التقليد اذا لم يكن مجتهدا فكل قانون يكون مخالفا لرأيه يكون باطلا بنظره الا أن يكون موافقا للمذهب الذي تلزم الدولة الاسلامية باتباعه •

٢٦٩ — مر علينا الكلام في ذلك قريبا فراجع •

٢٧٠ — اذا كانت موافقة لرأيه أو لرأي يرى حجيته •

رابعا ـ من وجهة تطبيق الشريعة : يترتب على بطلان النصوص القانونية المخالفة للشريعة أن تطبق المحاكم في الحال نصوص الشريعة الاسلامية دون حاجة لتدخل من الهيئة التشريعية ، كما يترتب على البطلان أن تلتزم الهيئة التشريعية حدود الشريعة فيما تصدره من قوانين ولوائح وقرارات جديدة .

١٩٦ ـ مدى التغييرات التي ستترتب على الاخذ بنظرية البطلان :

يترتب على الاخذ بنظرية البطلان عدم تطبيق النصوص المخالفة للشريعة واحلال نصوص الشريعة محلها ، ولن يؤدي تطبيق أحكام الشريعة الى احداث تغيير كبير في أوضاعنا القانونية ، لان معظم النصوص القانونية لاتختلف عن أحكام الشريعة ، واذا خالف بعض النصوص ما يقول به بعض الفقهاء فان هذه النصوص تتفق مع ما يقول به البعض الآخر من الفقهاء ، وسنكتفي هنا ببيان التغييرات التي تصيب قانون العقوبات [١] وهي ترتبط الى حد كبير بنوع الجريمة ، وتختلف بحسب ما اذا كانت الجريمة من جرائم الحدود ، أو جرائم القصاص والدية ، أو جرائم التعازير .

١٩٧ ـ اولا : في جرائم الحدود :

جرائم الحدود معدودة في الشريعة وهي على سبيل الحصر سبع

---

(١) رأينا الاكتفاء هنا ببيان التغييرات التي تصيب قانون العقوبات المصري نتيجة للاخذ بنظرية البطلان ، لان هذا الكتاب خاص بالجريمة والعقوبة ، ونستطيع بعد أن عرفنا أساس البطلان أن نعرف النصوص المدنية الباطلة ومدى بطلانها ، وأن نعرف النصوص الباطلة في قوانين الاجراءات ومدى بطلانها وهكذا نستطيع كلما عرفنا حكم الشريعة وحكم القانون أن نقول : ان حكم القانون باطل اذا كان مخالفا للشريعة ، وانه صحيح اذا كان موافقا للشريعة .

جرائم — ٢٧١ — : الزنا ، القذف ، الشرب ، السرقة ، الحرابة ، الردة ، البغي . وتعاقب الشريعة على هذه الجرائم بعقوبات معينة تسمى حدودا ، ويشترط لعقوبة الحد أن تكون الجريمة تامة ، وأن لا يكون هناك مانع شرعي من توقيع العقوبة ، فاذا توفر هذان الشرطان فلا بد من عقوبة الحد . وفي هذه الحالة يجب تطبيق نصوص الشريعة ، وتبطل نصوص القانون ويمتنع تطبيقها . أما في الحالات التي لا يعاقب فيها على هذه الجرائم بعقوبة الحد كأن كانت الجريمة تامة ولم تستوف شروط العقوبة ، أو دريء الحد للشبهة. أو كانت الجريمة شروعا ، فالعقوبة في هذه الحالات طبقا للشريعة هي عقوبة التعزير ، والتعزير يرجع فيه الى ولي الامر ، ونصوص قانون العقوبات ليست الا تعازير مقررة ممن يملك حق تقريرها — ٢٧٢ — ، فيكون قانون العقوبات هو الواجب التطبيق في هذه الحالات ، واذن فقانون العقوبات لن يعطل الا في جرائم الحدود التامة المستوفية لشروط الحد ، وهذا القول ينطبق على كل جرائم الحدود عدا جريمة الردة — ٢٧٣ — فلها حكم خاص .

الردة : تعتبر الردة جريمة ماسة بالنظام العام ، وتعاقب عليها بعقوبة القتل ، وعقوبة الردة لا يمكن اسقاطها بحال في الشريعة ، أما قانون العقوبات فلا يعتبر الردة جريمة ، ولا يعاقب عليها ، ولما كان كل ما يخالف الشريعة

---

٢٧١ — مر علينا سابقا أن الفقه الجعفري يضيف الى هذه الجرائم ثلاثة وهي اللواط والمساحقة والقيادة .

٢٧٢ — مر علينا قريبا ان السلطات التشريعية في البلاد العربية غير متصفة بالاوصاف المشترطة في الهيئات التي لها حق التشريع فلا يكون تشريعها لازم الاطاعة لا في جرائم الحدود ولا في غيرها .

٢٧٣ — سيأتي الكلام عنها قريبا انشاء الله .

باطلا فقد وجب تطبيق حكم الشريعة على كل مرتد ، والحكم عليه بالعقوبة المقررة طبقا للشريعة ، ولو أن قانون العقوبات المصري لم يذكر عن الردة شيئا ٠

وهذا القول اذا أمكن تقريره من الوجهة النظرية فان من الصعب عملا تنفيذه ، فليس في الامكان محاكمة المرتد والحكم عليه الا اذا عرض أمره على القضاء ، وعرض الجرائم على القضاء مقيد باجراءات خاصة تتخذها النيابة العمومية ، وعلى هذا فسيظل نص الردة الشرعي معطلا حتى ترى النيابة العمومية تنفيذه ، على أن جريمة الردة يمكن أن تعرض على القضاء بصورة عكسية ، فالشريعة تهدر دم المرتد ولا تعاقب قاتله ؛ لانه أتى فعلا مباحا ، فاذا قتل المرتد انسان وعرض أمر القاتل على القضاء وجب على القاضي أن يبرئه ؛ لانه قتل نفسا غير معصومة ؛ ولان الشريعة تجعل من واجب كل انسان لا من حقه أن يقتل المرتد ٠ وهذا الواجب ليس فرض عين وانما هو من فروض الكفاية اذا قام به فرد سقط عن الآخرين ٠

١٩٨ — ثانيا : في جرائم القصاص والدية :

يدخل تحت هذا النوع من الجرائم القتل العمد ، والقتل شبه العمد ، والقتل الخطأ ، والجرح العمد ، والجرح الخطأ ، ولكل جريمة حكمها ٠

القتل العمد : الاصل في الشريعة هو أن يعاقب بالقصاص على القتل العمد ، سواء كان القتل مقترنا بسبق اصرار وترصد ، أو غير مقترن ، وسواء كانت هناك ظروف مخففة أو لم تكن ، ولا تجيز الشريعة للقاضي أن يخفف العقوبة أو يستبدل بها غيرها ، أما القانون المصري فيعاقب بالاعدام على القتل المقترن بسبق اصرار أو ترصد ، وعلى القتل بالسم ، وعلى القتل المقترن

بجريمة أخرى ، وفيما عدا ذلك فالعقوبة على القتل هي الاشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة ، ويجيز القانون المصري في كل الاحوال تخفيف العقوبة ، وأستبدال غيرها بها اذا كانت الظروف تدعو للتخفيف ، وهذا الخلاف الظاهر بين الشريعة والقانون المصري يقتضي الاخذ بنصوص الشريعة دائما في الحالات التي توجب فيها الشريعة القصاص ، فيحكم القاضي بالقصاص في كل هذه الحالات ، ويمتنع عليه أن يحكم بعقوبة أخرى .

وتجيز الشريعة لولي المجني عليه ان يعفو عن القصاص ، فاذا عفا سقطت عقوبة القصاص ، ولولي الدم اما العفو مجانا ، واما الدية أو مقابلها — ٢٧٤ — فاذا عفا على الدية وجبت الدية على الجاني ، وكان على القاضي أن يحكم بها ، ويجب في حالة العفو على الدية والعفو مجانا أن يحكم على الجاني بعقوبة تعزيرية ، طبقا لرأي مالك (١) أما أبو حنيفة (٢) والشافعي (٣) وأحمد (٤) فلا يوجبون التعزير في حالة العفو ولكن ليس لديهم ما يمنع من التعزير ان اقتضته المصلحة العامة — ٢٧٥ — . والقانون المصري لا يجعل

(١) مواهب الجليل الجزء السادس ص ٢٦٨ .
(٢) بدائع الصنائع الجزء السابع ص ٢٤٦ .
(٣) المهذب الجزء الثاني ص ٢٠١ وما بعدها .
(٤) المغني الجزء التاسع ص ٤٦٧ .

٢٧٤ — وله أن يعفو عن القصاص ويرضى بدلا عنه مقدارا من المال كان بمقدار الدية أو أقل أو اكثر .

٢٧٥ — فيجب حينئذ بل يجب وان اقتضته المصلحة الخاصة بأن كان تأديب القاتل وتوبته من جرمه أو عدم تكراره للفعل موقوفا على ذلك ومع عدم توقف المصلحتين عليه لا العامة ولا الخاصة فلا موجب له بعد اسقاط الحق الخاص وذلك بتنازل ولي الدم عن حقه .

لعفو أولياء المجني عليه أثرا على العقوبة المقررة ، ولكن العفو يمكن اعتباره ظرفا قضائيا مخففا يؤدي الى تخفيف العقوبة ، أو استبدال غيرها بها طبقا للمادة ١٧ من قانون العقوبات المصري ، وهذا الذي أخذ به القانون المصري يتفق مع مذهب الامام مالك حيث يرى عند العفو أن تستبدل بعقوبة القصاص عقوبة التعزير • فكأن المشرع المصري قد أخذ بمذهب مالك في هذه المسألة وعلى هذا يجب في حالة العفو على الدية الحكم بها وبعقوبة تعزيرية ، وفي حالة العفو مجانا يجب الحكم بعقوبة تعزيرية — ٢٧٦ — ، ولما كانت العقوبات المقررة في قانون العقوبات هي عقوبات تعزيرية ، فيجب الحكم بالعقوبات المقررة فيه للقتل في حالة العفو الا عقوبة الاعدام ؛ لان الأعدام هو عقوبة القصاص وهي تسقط بالعفو طبقا للشريعة ، وللقاضي في هذه الحالات أن يراعي الظروف المخففة ويقدرها طبقا لنص المادة ١٧ عقوبات ؛ لان الشريعة تبيح ذلك للقاضي في عقوبات التعازير •

وفي بعض الحالات يمتنع القصاص في القتل العمد ، طبقا للشريعة كحالة قتل الأب ولده ، وحالة القتل الحاصل من حدث ، والقاعدة أن الدية تحل محل القصاص — ٢٧٧ — كلما امتنع القصاص لسبب من الاسباب الشرعية ، وما قيل في حالة العفو عن القصاص يقال مثله عن حالة امتناع القصاص •

وخلاصة ما تقدم : أن نصوص القانون تعطل كلما كان القصاص واجبا طبقا للشريعة ، وأن نصوص القانون تطبق في حالة العفو وامتناع القصاص ،

---

٢٧٦ — وفي حالة العفو على مقدار غير الدية يجب الحكم به سواء قل عن الدية أو كان اكثر منها •

٢٧٧ — مع التعزير كما يجب على الأب ان يكفر بكفارة القتل متعمدا •

سواء وجبت الدية أو لم تجب ، ولا يعطل من هذه النصوص الا ما يقضي بالاعدام عقوبة للجريمة ، وهذا هو نفس الاساس الذي كان يقوم عليه قانون العقوبات المصري قبل تعديل سنة ١٩٠٤ .

الشروع في القتل : يختلف حكم الشروع في القتل تبعا لاثر الشروع فان كان الشروع قد أحدث أثر [١] يقتص منه فالعقوبة القصاص ، وان أحدث أثرا لا يقتص منه ، أو أثرا يمتنع فيه القصاص . فالعقوبة الدية أو الارش ، والاصل عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد أنهم يكتفون بهذه العقوبات ولا يوجبون معها التعزير ، لكنهم يجيزون ــ ٢٧٨ ــ اجتماع التعزير مع الحدود اذا اقتضت ذلك مصلحة عامة . وأما مالك فيوجب التعزير مع القصاص أو الدية [٢] . وعلى هذا يجب أن تطبق ــ ٢٧٩ ــ عقوبات القانون مع عقوبات الشريعة ، كلما أوجبت الشريعة القصاص أو الدية أو الأرش ، ما دام ألفقهاء لا يمنعون جمع عقوبة الحد مع عقوبة التعزير ، وما دام أولو ألامر ــ ٢٨٠ ــ قد أوجبوا عقوبات تعزيرية معينة هي العقوبات التي نص عليها قانون العقوبات وللقاضي أن يراعي الظروف فيخفف العقوبة التعزيرية أو يشددها ، لان

(١) قصدنا بالاثر معناه العام فيدخل فيه الشجاج والجراح وقطع الاطراف واتلاف معانيها .

(٢) مواهب الجليل الجزء السادس ٢٤٧ ــ شرح الدردير الجزء الرابع ص ٢٢٤ .

---

٢٧٨ ــ بل يجب التعزير اذا اقتضت المصلحة الملزمــة ذلك ويرجح التعزير بلا الزام اذا لم تقتض المصلحة الالزام .

٢٧٩ ــ اذا صدرت ممن له حق التشريع .

٢٨٠ ــ ليست الهيئات المشرعة للقوانين في البلاد العربية من أولي الامــر الذين يحق لهم تقنين القوانين كما مر علينا ذلك قريبا .

ذلك حقه طبقا للشريعة والقانون معا .

أما الشروع الذي لم يترك أثرا فعقوبته في الشريعة التعزير ، ومن ثم تطبق عليه نصوص قانون العقوبات ، لان عقوباته تعزيرية .

القتل شبه العمد : يختلف الفقهاء في القتل شبه العمد ، فأبو حنيفة والشافعي وأحمد يعترفون به — ٢٨١ — ، ومالك ينكره ولا يرى القتل الا عمدا أو خطأ ولا وسط بينهما . والقائلون بالقتل شبه العمد يقررون أن عقوبته الدية فقط ، ولكنهم مع هذا يجيزون أن يجتمع التعزير مع الدية — ٢٨٢ — فطبقا لرأيهم تطبق نصوص القانون في القتل شبه العمد مع نصوص الشريعة ، ما دام ولي الامر يوجب التعزير فيه .

واذا طبقنا نظرية مالك التي تجيز الجمع بين القصاص والدية وبين التعزير في الجراح ، كان من المنطق أن نقول بوجوب الجمع بين الدية وبين التعزير في القتل شبه العمد — ٢٨٣ — ، لانه اذا صح أن يعاقب الجارح والضارب بالقصاص أو الدية مع التعزير ، فأولى أن يعاقب الجارح أو الضارب بالدية مع التعزير اذا أدى جرحه أو ضربه للموت ، ولا يقدح في هذه النتيجة أن مالكا لا يعترف بالقتل شبه العمد ، لان هذه النتيجة التي خلصنا اليها هي منطوق نظرية مالك في الجمع بين الحد والتعزير في الجراح ، وليست منطق نظريته في انكار شبه العمد . واذن فآراء الأئمة جميعا تؤدي الى تطبيق نصوص الشريعة مع نصوص القانون المصري في

---

٢٨١ — وهكذا فقهاء المذهب الجعفري .

٢٨٢ — ان احتمل الحاكم الشرعي المصلحة فيه ويجب ان كانت المصلحة ملزمة .

٢٨٣ — بل هو المتعين اذا رأى الحاكم ان المصلحة العامة أو مصلحة المجرم الخاصة تقضي بذلك ، كما اذا لم يمكن اصلاحه بدون تعزيره .

وقت واحـــد على القتل شبه العمد ، ولا يمنع هذا القاضي من أن يخفف العقوبة ــ ٢٨٤ ــ التعزيرية طبقا للمادة ١٧ عقوبات أو طبقا لنصوص الشريعة .

القتل الخطأ : عقوبة القتل الخطأ في الشريعة الاسلامية هي ألديـة المخففة ، ولم يقل أحد من الفقهاء بوجوب التعزير ــ ٢٨٥ ــ مع الدية كما قيل ذلك في القتل العمد ، لان طبيعة العمد تختلف عن الخطأ ، ولكنهم جميعا يجيزون اجتماع التعزير مع الحد ، وعلى هذا يجب أن تطبق عقوبة الشريعة والعقوبة القانونية ــ ٢٨٦ ــ كما هو الحال في القتل شبه العمد ما دام أولو الامر ــ ٢٨٧ ــ قد أوجبوا التعزير .

الجراح في العمد والخطأ : تعاقب الشريعة على الجراح ألمتعمدة بالقصاص كلما أمكن القصاص لقوله تعالى : « والجروح قصاص » وتعاقب بالقصاص في اتلاف الاطراف كلما كان القصاص ممكنا ، فاذا لم يمكـن قصـاص فالعقوبة الدية أو الارش ، أو الحكومة . ويوجب مالك ــ ٢٨٨ ــ أن

---

٢٨٤ ــ أي عقوبة التعزير وليس له تخفيف الدية .

٢٨٥ ــ لا وجه لتعزير القاتل خطأ اذ لم يصدر منه معصية الا اذا كان خطأه ناشئا عن التهاون وعدم التحفظ فان للحاكم الشرعي تعزيره خوفا من تهاونه وعدم تحفظه مرة اخرى أو تهاون سواه وعدم تحفظه ووقوعه فيما وقع فيه من القتل خطأ .

٢٨٦ ــ كيف تطبق العقوبة القانونية مع عدم امضاء الشارع لها الا في المورد الذي أشرنا اليه آنفا .

٢٨٧ ــ مر علينا قريبا ان المشرعين للقوانين في البلاد العربية لم تجتمع فيهم الاوصاف المشترطة في أولي الامر الذين لهم حق التشريع .

٢٨٨ ــ انما يجب التعزير اذا اقتضت المصلحة ذلك فللحاكم ان يعزر وأن

يجتمع التعزير مع الدية أو القصاص تأديبا للجاني ، أما بقية الأئمة فيجيزون الجمع ولا يوجبونه ، فطبقا لرأي مالك لا تعطل نصوص قانون العقوبات بل تطبق مع القصاص أو الدية كاملة أو ناقصة وطبقا لرأي بقية الأئمة يجمع بين القصاص أو الدية ، وبين العقوبة القانونية ما دام أولو الامر — ٢٨٩ — قد أوجبوا التعزير ، وعلى هذا فآراء الجميع لا تتعارض مع نصوص القانون المصري ، ولا تؤدي الى ابطالها .

أما جراح الخطأ فعقوبتها الدية أو الارش أو الحكومة ، وحكمها حكم القتل الخطأ ومن ثم يجب — ٢٩٠ — فيها تطبيق نصوص قانون العقوبات وتطبيق نصوص الشريعة في وقت واحد .

الضرب الذي لا يترك أثرا : تعاقب الشريعة على الضرب الذي لا يترك أثراً بالتعزير ، ولما كانت العقوبات المنصوص عليها في قانون العقوبات هي عقوبات تعزيرية فان نصوص قانون العقوبات لن تعطل في هذه الحالة .

يترك التعزير تبعا لما يراه من المصلحة ولعل هذا مراد مالك وبقية أئمة المذاهب الاربعة فمالك يوجب التعزير اذا اقتضت المصلحة ذلك ومراد البقية من الجواز ايكال تقدير المصلحة وعدمها الى الحاكم .

٢٨٩ — مر آنفاً عدم انطباق اولي الامر الواجبة طاعتهم على المشرعين للقوانين الوضعية في البلاد العربية وانما يصح اذا اقتضت ذلك المصلحة لان الشريعة قد أوجبت ذلك .

٢٩٠ — المراد امكان انطباق قانون العقوبات على احكام الشريعة لان ما تفرضه القوانين الوضعية يكون من مصاديق التعزير المشرع في الشريعة الاسلامية ، ولكنك عرفت قريبا انه ليس في الخطأ المحض تعزير الا في بعض الموارد التي أشرنا اليها سابقا .

١٩٩ — ثالثا : في جرائم التعازير :

علمنا مما سبق (١) أن الشريعة الاسلامية لم تنص على كل جرائم التعازير ولم تحددها كما فعلت في جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية وأنها نصت على بعض جرائم التعازير وتركت القسم الاكبر منها لاولي الامر وجعلت لهم ان يحرموا اتيان بعض الافعال أو يوجبوا اتيان بعض الأفعال — ٢٩١ — ، بقصد صيانة الجماعة وتنظيمها ، والمحافظة على أمنها ونظامها ، ويشترط أن لا يخرجوا فيما يحرمون فعله أو يوجبون فعله على نصوص الشريعة ، أو مبادئها العامة • أو روحها التشريعية •

والقاعدة العامة التي تأخذ بها الشريعة في العقاب على جرائم التعازير: أنها حددت مجموعة من العقوبات التعزيرية تبدأ بأخف العقوبات وتنتهي بأشدها وتركت للقاضي أن يختار من هذه المجموعة العقوبة أو العقوبات التي يراها ملائمة للجريمة والمجرم — ٢٩٢ — •

واذا كانت تلك هي القاعدة العامة التي سارت عليها الشريعة في جرائم التعازير التي نصت عليها ، الا أنه ليس في الشريعة ما يلزم أولي الامر بالسير على هذه القاعدة في الجرائم التي تركت لهم الشريعة تحديدها ، بل

(١) راجع الفقرة ٥١ و ٩٣ وما بعدها .

٢٩١ — في زمان محدد اذ ليس لولي الامر أن يشرع حكما دائميا لا يوجد في الشريعة الاسلامية •

٢٩٢ — شرط أن لا تصل الى درجة الحد بنظر بعض فقهاء المسلمين كما مر علينا ذلك سابقا •

ليس في الشريعة ما يمنع أولي الامر — ٢٩٣ — من أن يجعلوا لكل جريمة تعزيرية حرمتها الشريعة أو حرمها أولو الامر ، عقوبة معينة يلزم القاضي توقيعها اذا ثبتت الجريمة ، أو يجعلوا لكل جريمة عقوبتين يختار القاضي احداهما ، كذلك ليس في الشريعة ما يمنع أولي الامر من تعيين الحد الادنى للعقوبة — ٢٩٤ — ، بحيث لا يستطيع القاضي أن ينزل عنه ، وهذا الذي لا تمنع منه الشريعة هو الذي عمل به في قوانين العقوبات .

ولما كانت نصوص قانون العقوبات واللوائح والقرارات ألتي تعين الجرائم وتعاقب عليها قد وضعت بمعرفة أولي الامر — ٢٩٥ — ، فان الجرائم التي تنص عليها تعتبر طبقا للشريعة جرائم تعزيرية ، كلما كانت متفقة مع نصوص الشريعة أو غير خارجة على مبادئها العامة وروحها التشريعية .

ويلاحظ ان القوانين الجنائية وضعت في البلاد الاسلامية دون أن يراعي واضعوها نصوص الشريعة ، بل انهم تعمدوا اغفال ألنصوص ألشرعية اغفالا تاما ، وبهذا خرج أولو الامر عن حدود وظيفتهم — ٢٩٦ — ، وهذا

---

٢٩٣ — ظاهر الادلة الشرعية ان تحديد مقدار التعزير وكيفيته انما هو بيد القاضي الشرعي لا بيد أولي الامر الا أن يكون تعيين أولو الامر للعقوبة انما هو لالفات نظر القاضي الى العقوبة التي ينبغي له اختيارها ولكن القاضي لا يكون ملزما باختيار ما عينه له أولو الامر أو باختيار أحد الفردين اللذين جعلا من اولي الامر .

٢٩٤ — في ظرف خاص اذ ليس لاولي الامر تشريع حكم دائمي لا دليل عليه من نصوص الشريعة .

٢٩٥ — مر علينا الكلام في ذلك قريبا .

٢٩٦ — بل خرجوا عن صلاحيتهم للتقنين أيضا فلا يجب الالتزام بكل مايصدر

الخروج اذا كان لا يؤدي الى بطلان كل عملهم ، فانه يؤدي الى بطلان كل ما يصدر عنهم مخالفا للشريعة .

وقد ترتب على اغفال أولي الامر لنصوص الشريعة من ناحيــة ، وعلى مالهم من حق التشريع من ناحية أخرى — ٢٩٧ — ، أن أصبح لدينا ثلاثة أنواع من جرائم التعازير : —

النوع الاول : جرائم نصت عليها الشريعة ولم تنص عليهــا القوانين واللوائح ، مثل جريمة أكل الميتة والدم ولحم الخنزير ، وجريمة البيوع الربوية ، والامتناع عن اخراج الزكاة ، ومخالفة أحكام العدة ، ومخالفــة الهيئات المشروعة للعبادات كالجهر في صلاة الاسرار ، والاسرار في صلاة الجهر ، وكالزيادة في الصلاة .

النوع الثاني : جرائم نصت عليها الشريعةونصتعليها القوانينواللوائح . وهذه الجرائم قسمان : قسم لا تختلف فيه الشريعــة عن القوانين كجرائم تطفيف الكيل والوزن وخيانة الامانة والرشوة ، وقسم تختلف فيه الشريعة عن القانون كجريمة الربا ، فالشريعة تعاقب على الربا في كل صوره ، أما القانون فلا يعاقب الا على الربا الفاحش بشروط وقيود خاصة ، وكجــرائم المقامرة والمراهنة ، فان الشريعة تحرمها مطلقــا ، بينما تحرمها القوانين في حالات خاصة .

النوع الثالث : جرائم نصت عليها القوانين واللوائح ولم تنص عليها الشريعة ، وهذه الجرائم قسمان : قسم يقوم على مبادىء تتفق مع مبادىء

منهم وان كان موافقا للشريعة .

٢٩٧ — مر علينا قريبا انهم خرجوا بمخالفتهم الشريعة عن استحقاق التشريع وصلاحيتهم لذلك .

الشريعة العامة ـ ٢٩٨ ـ وروحها التشريعية ، كمخالفات السيارات والتعليم ومثل الافعال التي قصد من تحريمها تنظيم الجماعة . كقوانين تنظيم المهن. أو التي قصد من تحريمها تحقيق مصلحة عامة ، كمكافحة الآفات والامراض . وقسم يقوم على مبادىء تخالف نصوص الشريعة وتتنافى مع مبادئها العامة وروحها التشريعية ، ومن الامثلة على ذلك : الجرائم التي نصت عليها لائحة بيوت الدعارة ، فالمبدأ الذي قامت عليه هذه اللائحةهو اباحة الزنا والترخيص به رسميا ، وقد وضعت اللائحة لتنظيم مبدأ الاباحة ، بينما الشريعة تحرم الزنا في كل صوره تحريما مطلقا . ومن أمثلة هذا القسم : الجرائم التي نصت عليها القوانين التي تنظم تقطير الخمور وبيعها وتقديمها ، فان المبدأ الذي تقوم عليه هذه القوانين هو اباحة شرب الخمر وقد وجدت هذه القوانين لتنظيم هذا المبدأ ، بينما الشريعة تحرم شرب الخمر تحريما عاما .

٢٠٠ ـ مدى حقوق أولي الامر في التحريم والعقاب :

قلنا فيما سبق ان أولي الامر أغفلوا نصوص الشريعة الاسلامية اغفالا تاما حين وضعوا قانون العقوبات والقوانين واللوائح الملحقة به ، ونستطيع أن نستدل على هذا الاغفال في مصر ، بأن الشارع المصري نص في لائحة ترتيب المحاكم على ان لا جريمة ولا عقوبة بلا نص ، وكرر هذا النص عند اصدار الدستور المصري حيث ضمنه اياه [1] وجمع الشارع الجرائم

(١) نص الدستور المصري على أنه لا جريمة ولا عقوبة بلا نص . متأثرا في ذلك بالدساتير الاوربية ، ولا شك أن واضعي الدستور قصدوا من هذا النص ما قصده واضعوا الدساتير الاوربية ، أي قصدوا أن لا يعترفوا الا

٢٩٨ ـ فان الشريعة تهتم بكل ما يمنع من اتلاف النفس ورفع الجهل ومكافحة الآفات والامراض ، واما قوانين تنظيم المهن فان كان المراد منها منع

والعقوبات ، والقواعد العامة للجريمة والعقاب في كتاب واحد سماه قانون العقوبات ، أصدره وأوجب العمل به ، وجعل لكل جريمة عقوبة او اثنتين على الاكثر ، وجعل للعقوبة حدا أدنى وحدا أعلى ليس للقاضي أن يتجاوزه ، ومنع ايقاف تنفيذ العقوبة الا بتوفر شروط معينة . وقد قصد الشارع المصري من كل هذا أن لا يعاقب الا على ما نص عليه هو من الافعال المحرمة في الحدود التي حددها ، وبالعقوبات التي عينها ، واعتبر كل ما عدا ذلك من الافعال مباحا ولو كانت الشريعة تنص صراحة على تحريمه والعقاب عليه ؛ كالربا فالشريعة تحرمه في كل أنواعه وصوره وأيا كان مقداره ، أما القانون فلا يحرم الربا الا في صور خاصة ، وبشروط معينة ، وكتحريم الميتة والدم ولحم الخنزير ، فالشريعة تحرم تناول هذه الاشياء وتعاقب على تناولها ؛ والقانون لا يحرمها ولا يعاقب عليها . وبالاجمال فان الشارع أهمل النصوص الشرعية ولم يقم على تنفيذها ، واكتفى باقامة ما نص عليه في قانون العقوبات وما ألحق به من قوانين ولوائح .

بالجرائم والعقوبات المنصوص عليها في القوانين الوضعية ، لكن هذا النص المصري يتضارب مع نص أساسي من نصوص الدستور المصري ، وهو النص الذي يقضي بأن دين الدولة الرسمي هو الاسلام ، لان التزام الدولة الاسلام دينا لها معناه التزامها الشريعة الاسلامية شريعة لها ، اذ الشريعة الاسلامية هي مجموعة القواعد التشريعية التي جاء بها الاسلام وأوجبها ، فاذا فسرنا النص الاول كما يفسر في الدساتير الاوربية كان معنى ذلك اهمال النص الثاني وابطاله وعدم الاعتراف بالاسلام والشريعة الاسلامية ، واذا أوجبنا العمل بالنص الثاني باعتبار انه أساسي يقوم عليه كيان الدولة ونظامها العام ، وجب أن نفسر النص الاول التفسير الذي يرفع التناقض بأن نقول انه يسري على الجرائم التي نصت عليها الشريعة والقوانين معا .

الغلاء والاحتكار أو منع الفتنة بين أصحاب المهن فهذا مما يوافق الشريعة لأنها تهتم بمنع الاحتكار والغلاء ومنع ما يوجب الفتنة والمشاغبة ، وان كان المراد منها أمورا أخرى فهي خارجة عن مبادىء الشريعة الاسلامية .

هذا هو الذي فعله الشارع في مصر ، وقد فعل مثله في غير مصر من البلاد الاسلامية ، فهل في قواعد الشريعة ما يبرر فعل الشارع ، والى أي حد يمكن أن يوصف عمله بالصحة أو البطلان ؟ وسنستطيع الاجابة على هذا السؤال اذا عرفنا حقوق ولي الامر في الشريعة ، ومدى هذه الحقوق . ومن المسلم به في الشريعة ان لولي الامر في تعيين الجرائم والعقاب عليها ثلاثة حقوق .

٢٠١ ـ الحق الأول : حق التحريم والايجاب والعقاب :

لولي الامر ان يحرم — ٢٩٩ — اتيان أفعال معينة أو يوجب اتيان أفعال معينة ، وأن يعاقب على مخالفة الامر الذي حرم الفعل أو أوجبه . واذا كان لولي الامر حق العقاب فله أن يعاقب على الجريمة بعقوبة واحدة أو بأكثر ، وأن يحدد مبدأ العقوبة ونهايتها .

وولي الامر مقيد في استعمال هذا الحق بعدم الخروج على نصوص الشريعة ، أو مبادئها العامة ، او روحها التشريعية ، وبأن يكون قصده في التحريم والايجاب والعقاب تحقيق مصلحة عامة ، او دفع مضرة او مفسدة . وعلى هذا فعمل ولي الامر صحيح كلما كان في حدود حقه ، فان خرج عن هذه الحدود فهو باطل فيما خرج فيه عن حدود حقة وصحيح فيما عدا ذلك . فليس لولي الامر أن يهمل نصوص الشريعة ، أو أن يمنع تطبيقها ، فان فعل فعمله باطل ، واذن فالجرائم التي نصت عليها الشريعة ولم تنص عليها القوانين يجب العقاب عليها كلما ارتكبت ، لان النصوص التي حرمتها لم تنسخ وليس لولي الأمر حق نسخها ، والجرائم التي نصت عليها الشريعة والقوانين يؤخذ

---

٢٩٩ — في زمان معين وهكذا الايجاب والعقاب .

فيها دائما بحكم الشريعة كلما اختلفت مع القانون ، لان كل نص قانـوني يخالف الشريعة باطل فيما جاء به من خلاف أما الجرائم التي تتفق في أحكامها الشريعة والقانون ، فيؤخذ فيها بحكم القانون ، لا لأنه حكم القانون ، بل لانه حكم الشريعة . أما الجرائم التي نصت عليها القوانين ولم تنص عليهـا الشريعة ، فيؤخذ فيها بحكم القانون — ٣٠٠ — ، ما دام أنه ليس خارجا على مبادىء الشريعة العامة ، وروحها التشريعية ، فان خرج عليها بطل حكمه ولم يعمل بـه .

٢٠٢ — الحق الثاني : حق تخصيص القضاء :

لولي الامر أن يخصص القضاء فيجعل الفصل في الجرائم لقضاة معينين ويجعل لبعضهم الفصل في جرائم بعينها ، وللبعض الآخر النظـر في بقيـة الجرائم ، أو يجعل للبعض حق توقيع عقوبات معينة ، وللبعض الآخر حق توقيع بقية العقوبات .

وحق ولي الأمر في تخصيص القضاء مقيد بعدم الخروج على نصوص الشريعة ، أو مبادئها العامة ، وروحها التشريعية ، فان خرج عن هذه الحدود فأمره باطل لا يقيد القضاة ، ولا يمنعهم من النظرة فيما حرمه عليهم الامـر الباطل . فمثلا لولي الامر ان يخصص قاضيا معينا بنظر جريمة السرقة ، وآخر بنظر جريمة القتل ، ولكن ليس له أن يمنع القضاة من نظر هذه الجرائم أو من نظر جرائم أكل الميتة ، أو شرب الخمر ، أو الردة أو منع الزكاة . ولولي الأمر أن يخصص قاضيا لنظر جرائم الربا أو المقامرة والمراهنة ، وليس لـه ان يمنع القاضي من نظرها على الوجه الذي حرمته الشريعة . ولولي الامر

٣٠٠ — ان كان القانون قد شرع من قبل ولي الامر الذي تجب طاعته .

أن يحدد العقوبات — ٣٠١ — التي يملك القاضي توقيعها في جرائم التعازير، ويلزمه أن لا يوقع غيرها ، ولكن ليس له أن يلزمه توقيع عقوبات غير العقوبات الشرعية في جرائم الحدود ، أو جرائم القصاص والدية •

ويعتبر القاضي مختصا بنظر الجريمة اذا كانت مما نصت عليه الشريعه ولم ينص عليه القانون ، ما دامت عقوباتها تماثل العقوبات المفروضة على الجرائم التي خص قانونا بنظرها ، ولا عبرة بسكوت ولي الامر عن هذه الجرائم ، لأن الشريعة نصت عليها وأوجبت عقاب مرتكبيها ، ولأن الشريعة لا تبيح بحال اولي الامر ان يعطل نصوصها ، فاذا عطلها لم يكن للقضاء أن يسايره ، وكان على القاضي أن يطبق نصوص الشريعة ، ويحكم بالعقوبة التي قررتها الشريعة ما دام مختصا بتوقيع مثل هذه العقوبة أو بنظر مثل الجريمة المعطلة •

ويعتبر القاضي مختصا بنظر الجريمة طبقا لما نصت عليه الشريعة اذا كان القانون قد نص عليها على وجه يخالف أحكام الشريعة • والعلة في اختصاص القاضي هنا هي نفس العلة في اختصاصه بالجرائم التي أهملها القانون ولم ينص عليها •

واذا كانت الجريمة مما نص عليه القانون دون الشريعة ، فالقاضي يختص بنظرها اذا لم يكن هناك خروج — ٣٠٢ — على نصوص الشريعة أو مبادئها العامة أو روحها التشريعية • فاذا تحقق هذا الخروج كان القاضي غير مختص

---

٣٠١ — مر علينا قريبا ان تحديد العقوبة من وظائف القاضي وليست من وظائف ولي الامر •

٣٠٢ — بل بشرط أن يكون موافقا لنصوص الشريعة ومبادئها وروحها ولعل مراد المؤلف ذلك •

بنظر الجريمة ، لأنه ليس له أن ينظر الا ما يتفق مع الشريعة ، أو كان عليه أن يقضي بالبراءة لبطلان النص الذي حرم الفعل .

واذا كان من واجب القاضي شرعا أن يعاقب على كل جريمة تعزيرية نصت عليها الشريعة ولم ينص عليها القانون ، فما هي العقوبة التي يجب على القاضي ان يطبقها في هذه الحالة ؟ وهل يعاقب باحدى العقوبات المقررة في قانون العقوبات ، أم يعاقب باحدى عقوبات التعزير التي قررتها الشريعة ؟ .

وجواب هذا السؤال هو أن العقاب يجب أن يكون باحدى العقوبات التعزيرية التي قررتها الشريعة ، وأنه لا يجوز للقاضي أن يعاقب على جريمة لم ينص عليها قانون العقوبات باحدى العقوبات المنصوص عليها في هذا القانون ، لان واضع هذا القانون جعل لكل جريمة نص عليها عقوبة معينة ، ولكل عقوبة حدا بحيث تختلف العقوبات باختلاف الجرائم . ولم يضع عقوبات عامة لغير الجرائم التي نص عليها ، فلا يمكن اذن أن تطبق نصوص قانون العقوبات على ما لم يفكر فيه واضع القانون ، أو يدخله في حسابه وانما يعاقب على هذه الجرائم باحدى عقوبات التعزير التي قررتها الشريعة، أو بأكثر من عقوبة واحدة طبقا لما يراه القاضي ملائما لظروف الجريمة والمجرم، ذلك أن الاصل في الشريعة أن لجرائم التعازير مجموعة من العقوبات تتدرج من أتفه العقوبات الى أشدها ، والقاضي هو الذي يعين العقوبة التي تستحقها الجريمة بعد أن يطلع على ظروف الجريمة والمجرم ، وليس القاضي ملزما بتوقيع عقوبة معينة لكل جريمة ، وانما له الخيار . والتعيين يختار من مجموعة العقوبات ويعين العقوبة التي يراها ملائمة ، فاذا جاء ولي الامر وقيد سلطة القاضي في جرائم التعزير التي نص عليها ، أو في بعض الجرائم التي نصت عليها الشريعة ونص هو أيضا عليها ، فان سلطة القاضي تظل على حالها في

الجرائم التي نصت عليها الشريعة ولم ينص عليها القانون ؛ لان الاصل هو توسيع سلطة القاضي ، والتقييد جاء من جهة ولي الامر في جرائم معينة وعقوبات معينة . فتظل سلطة القاضي على حالها فيما لا قيد فيه ، ويكون القيد فيما نص عليه ولي الامر فقط ، ومن ثم فللقاضي في جرائم التعزير التي نصت عليها دون القانون ، أن يعاقب بالتوبيخ والتهديد والجلد والحبس والنفي والقتل والحبس الى غير أمد معين ، وغير ذلك من عقوبات التعزير ، وللقاضي الجزئي أن يوقع العقوبات التعزيرية فيما عدا الحبس المؤبد أو غير المحدد المدة والقتل ؛ لان نية ولي الامر — ٣٠٣ — ظاهرة في قانون العقوبات في انه أراد أن يجعل هاتين العقوبتين من اختصاص محاكم الجنايات .

أما جرائم التعزير التي نص عليها القانون مخالفا حكم الشريعة ، فحكمها أن ما اتفق فيه القانون مع الشريعة طبقت عليه نصوص القانون — ٣٠٤ — ، وما اختلف فيه القانون مع الشريعة اعتبر غير منصوص عليه في القانون ، وأخذ حكم الجرائم التعزيرية التي نصت عليها الشريعة ولم ينص عليها القانون ، فصور الربا التي لم ينص عليها القانون يعاقب عليها بالعقوبات الشرعية ، والصور التي نص عليها ولا يتفق نصه فيها مع نصوص الشريعة تأخذ نفس الحكم . أما الصور التي يتفق فيها القانون مع الشريعة فيعاقب عليها بالعقوبات القانونية — ٣٠٥ — .

---

٣٠٣ — مر علينا مرارا أن مشرعي القوانين في البلاد العربية ليسوا من أولي الامر الذين تجب طاعتهم وللقاضي ان يوقع جميع العقوبات ولقد اشترط بعض فقهاء المسلمين أن لا يصل التعزير الى أحد الحدود الشرعية.

٣٠٤ — لا لكونه مما نص عليه القانون بل لكونه مما حكم به الشرع .

٣٠٥ — لكونها من مصاديق العقوبات الشرعية .

٢٠٣ — الحق الثالث : حق العفو : (١) :

من المسلم به في الشريعة أن لولي الأمر حق العفو في جرائم التعازير دون غيرها من الجرائم ، فله أن يعفو عن الجريمة ، وله أن يعفو عن العقوبة كلها أو بعضها ، وله حق العفو سواء في جرائم التعزير التي نصت عليها الشريعة ، أو في الجرائم التي نص عليها هو .

وحق ولي الامر في العفو مقيد بأن لا يكون مخالفا لنصوص الشريعة أو مبادئها العامة وروحها التشريعية ، كما أنه مقيد بأن يقصد بـه تحقيق مصلحة عامة أو دفع مفسدة .

واذا كان من حق ولي الامر أن يعفو عن الجريمـة ، وأن يعفو عن العقوبة فان حقه في العفو لا يتولد الا بتولد سببه ، فلا يستطيع أن يعفو عن الجريمة الا اذا وجدت الجريمة ، ولا يستطيع أن يعفو عن العقوبة الا اذا حكم بالعقوبة . فليس لولي الامر اذن أن يعفو مقدما عن ألجرائم قبل وقوعها ، أو عن العقوبات ، قبل الحكم بها ؛ لان ذلك يعتبر اباحة للافعال المحرمة لا عفوا عن الجريمة أو العقوبة .

ولا شك أن لولي الامر أن يبيح الافعال التي حرمها ابتداء — ٣٠٦ — اذا اقتضت ذلك مصلحة عامة ، والعلة في ذلك أن الشريعة أعطته حق التحريم

(١) راجع الفقرات من ٥٣٢ الى ٥٣٥ .

٣٠٦ — مر علينا سابقا انه ليس لولي الامر ان يحرم ما احله الله الا في ظرف خاص لمصلحة ملزمة ومع ارتفاع المصلحة التي أوجبت الحرمة ترتفع الحرمة فلا مجال للقول بانه يبيحه بل يرفع نهيه ويرجع الى حكمه الاصلي وهو الاباحة .

اذا اقتضت التحريم مصلحة عامة ، واعطاء حق التحريم يقتضي أعطاء حق ألاباحية اذا اقتضته مصلحة عامة أيضا ، فمن استطاع ان يحرم استطاع أن يبيح ، ما دامت المصلحة العامة هي التي استوجبت التحريم أو ألاباحة •

أما الافعال التي حرمتها الشريعة ابتداء فليس لولي الامر أن يبيحها اطلاقا ، لانه ليس هو الذي حرمها حتى يكون له أن يبيحها ، ولان الشريعة لم تجعل له في هذه الافعال الا حق العفو عن الجريمة أو العقوبة ، فقد نصت الشريعة على المعاصي التي رأت تحريمها بصفة دائمة وحددتها وأمرت بالعقاب عليها ، ولكنها تركت لولي الامر أن يعفو اذا رأى العفو خيرا من العقوبة ، وأن يعاقب اذا رأى العقوبة خيرا من العفو ، بل تركت له أن يعفو عن الجريمة ، وأن يعفو عن العقوبة كلها أو بعضها ، فاذا عفا بعد وقوع الجريمة أو عفا بعد الحكم بالعقوبة وكانت المصلحة العامة تبرر هذا العفو فهو صحيح ، أما العفو عن الجرائم قبل وقوعها فهو اباحة لها وليس عفوا عنها ، ولا يملك ولي الامر أن يحل ما حرمه الله ، وأن يبيح مالم يبحه الله ، فاذا فعل فعمله باطل ولا أثر له •

والعلة في منع ولي الامر من اباحة ما حرمته نصوص الشريعة هي أن ولي الامر لو أعطي له هذا الحق لكانت نصوص الشريعة عبثا ، لان ولي الامر يستطيع أن يعطلها في أي وقت شاء بما له من حق التحليل والتحريم •

وعلى هذا لا يصح القول بأن الجرائم التي نصت عليها الشريعة ولم ينص عليها القانون تعتبر مباحة ، لان ولي الامر ليس من حقه أن يبيح ماحرمته الشريعة ولا يصح هذا القول أيضا فيما يختص بالجرائم التي نص عليها القانون مخالفا الشريعة ، وكذلك ليس لاولي الامر اباحة الجرائم التي نصت عليها الشريعة ونص عليها القانون ، ولكن لأولي الامر أن يبيحوا

ما حرموه — ٣٠٧ — هم ولم تحرمه الشريعة .

ونستطيع بعد بيان حق ولي الامر في العفو أن نقول : ان الجرائم التي يحرمها ولي الامر والعقوبات التي يفرضها على هذه الجرائم هي من حق ولي الامر فله أن يحرم اليوم ، وله أن يبيح في الغد ما حرمه — ٣٠٨ — ، وله أن يعاقب على ما حرمه وأن يعفو عن الجريمة — ٣٠٩ — كما يعفو عن العقوبة ، ولا قيد على ولي الامر في استعمال هذا الحق الا أن يكون تصرفه متفقا مع المصلحة العامة وبغرض تحقيق هذه المصلحة ، أما الجرائم التي حرمتها الشريعة والعقوبات التي فرضتها فالامر فيها جد مختلف ، فكل فعل حرمه القرآن أو السنة فهو محرم ليس لكائن من كان أن يحله ، وكل عقوبة فرضتها الشريعة في جرائم الحدود أو جرائم القصاص والدية فهي عقوبة لازمة واجبة ليس لولي الامر أن يهملها أو يعفو عنها — ٣١٠ — . أما العقوبات التي فرضتها الشريعة لجرائم التعازير فهي وان كانت لازمة وواجبة الا أن الشريعة أعطت لولي الامر فيها أن يعفو عن العقوبة اذا كان العفو يحقق مصلحة عامة ، وأن يعفو عن الجريمة اذا كان العفو يحقق هذه المصلحة ، وله أن يقيد كل جريمة تعزيرية بعقوبة معينة من عقوبات التعازير أو بأكثر من عقوبة اذا اقتضت ذلك مصلحة عامة ، فحق ولي الامر في الجرائم والعقوبات التي فرضتها الشريعة قاصر على تنظيم عقوبات التعزير ، وحق

---

٣٠٧ — بالمعنى الذي ذكرناه آنفا .

٣٠٨ — أي يرفع الحرمة فيرجع الى حكمه الاصلي وهو الاباحة .

٣٠٩ — بمعنى ان يرفع حرمته فتخرج الجريمة عن كونها جريمة .

٣١٠ — الا في صورة التوبة بعد ثبوت البينة بالاقرار كما تقدم ذلك منا في أوائل الكتاب .

العفو عنها وعن الجريمة التعزيرية ٠

ولقد بحث الفقهاء هذه المسألة فخرجوا من بحثها مجمعين على اقامة عقوبات الحدود واجبة على ولي الامر ، فاذا أهمل — ٣١١ — اقامتها كان من واجب كل فرد أن يقيمها دون أن يعتبر مرتكبا لجريمة ، فاذا أقامها سقط الواجب باقامتها عن غيره ، ومعنى هذا أن الفقهاء يعتبرون اقامة الحدود من الفروض — ٣١٢ — التي تلزم جميع الافراد حاكمين ومحكومين ، ولاتسقط

---

٣١١ — ولي الامر لا يخلو بنظر الشيعة الامامية من أحد شخصين ، اما امام معصوم ، واما من يترأس الدولة الاسلامية حال عدم وجوده وغيبته ، اما الامام المعصوم فلا يتصور فيه اهمال حد من الحدود لانه ينافي فرض عصمته ، نعم قد يرى المصلحة في تأخير اقامة الحد وفي هذا الحال لا يصح لغيره أن يقيم الحد الا بأمره كما قد لا يتمكن من اقامة حد من حدود الله فيجوز لغيره اقامته باذنه ، واما اذا كان ولي الامر غير الامام المعصوم كان ينوب عن الامام حال عدم وجوده وغيبته فان احتمل ان تركه للحد لم يكن عن اهمال وانما أخر لمصلحة اقتضت ذلك بنظره فلا يصح لغيره اقامته الا باذنه واما اذا علم أن تركه كان اهمالا لواجبه فيسقط ولي الامر عن مقامه ويجب على المسلمين تبديله بغيره لان من أهم شرائط ولي الامر هو العدالة ولا ريب في سقوط عدالته بمجرد تركه حدا من حدود الله ومع عدم امكان عزله وتبديله فيجب على أي فرد من المسلمين اقامته كما أقام امير المؤمنين علي (ع) الحد على أخ عثمان بن عفان حينما أهمل الخليفة اقامة الحد ولم يقمه على أخيه الوليد ٠

٣١٢ — بل من الفروض المختصة بالحاكم ولا يصح لغيره اقامتها الا في فرض

عنهم الا اذا أقيمت ، ولا يجوز فيها عفو ولا ارجاء .

وأجمع الفقهاء أيضا على أن العقوبات المقررة لجرائم القصاص والدية حكمها حكم الحدود ، فهي واجبة الاقامة ما لم يعف المجنى عليه أو وليه عن العقوبة ، فاذا أهمل ولي الامر اقامتها كان للمجني عليه أن يقتص لنفسه — ٣١٣ — ، وكان لولي دم المجني عليه أن يقتص من الجاني دون أن يعتبر القصاص في هذه الحالة جريمة (١) .

واتفق الفقهاء على أن ولي الامر ليس له أن يحل ما حرم الله . ولا أن يبيح ما أمر بمنعه أيا كان نوع العقوبة المقررة على الفعل المحرم . ولكنهم اختلفوا على اقامة عقوبات التعازير . فرأى مالك وأبو حنيفة وأحمد ان اقامة عقوبات التعازير واجب على ولي الامر — ٣١٤ — ليس له ان يتركه الا اذا كان العفو خيرا من العقوبة ، فاذا اقتضت المصلحة ألعامة أن يعفو عن جريمة بعد وقوعها أو عن عقوبة بعد الحكم بها ، كان له أن يعفو . وأساس نظرية هؤلاء الفقهاء أن جرائم التعازير حرمت وفرضت عليها العقوبات لمصلحة

(١) الاقناع ج ٤ ص ٢٤٤ — الام ج٦ ص ١٧١ — حاشية البنائي ج٨ ص ١١٨ — شرح فتح القدير ١٦٠ ، ١٦١ ، ١١٢ ، ١١٣ .

نادر أشرنا اله سابقا .

٣١٣ — الا اذا كان ولي الامر هو الامام المعصوم فلا يمكن ان يكون تركه أو تأخيره عن اهمال ولابد أن يكون ذلك لمصلحة داعية لذلك ، فلا يجوز لغيره الاقتصاص بدون رأيه الا اذا فرض عجزه . فلولي الدم ان يقتص بعد الاستئذان منه .

٣١٤ — انما يجب على ولي الامر اذا كانت المصلحة الملزمة توجب التعزير والا فهو بالخيار بين اقامته وترك اقامته .

الجماعة ، ولصيانة النظام العام الذي تقوم عليه الجماهير وهو الاسلام ، ولما كان ولي الامر هو ممثل الجماعة الذي أقامته لحفظ مصالحها وصيانة نظامها ، فقد وجب عليه أن يعاقب على جرائم التعازير ، وأن لا يهمل اقامة هذه العقوبات الا اذا اقتضى صالح الجماعة أو نظامها ألعفو عن ألجريمة أو العقوبة . ففي هذه الحالة يسقط عن عاتق ولي الامر واجب اقامة العقوبة (١) .

ويرى الشافعي أن اقامة عقوبات التعازير حق لولي الامر ، وليست واجبا عليه ، وأساس هذا الرأي أن لولي الامر أن يعفو عن الجريمة ، وأن يعفو عن العقوبة ، فله اذن أن يعاقب وأن لا يعاقب ، وكل ما يكون للانسان أن يفعله أو يتركه فهو حقه وليس واجبا عليه (٢) .

ويلاحظ أن التسليم بنظرية الشافعي لا يؤدي بأي حال الى تعطيل النصوص التي جاءت بجرائم التعازير ، لان الشافعي لم يقل بأن لولي الامر أن يعطل نصوص الشريعة أو أن يبيح ما حرمته الشريعة ، انما قال : ان لولي الأمر أن يعاقب أو أن يعفو ، فالجريمة لا تزال في نظرية الشافعي جريمة وما حرمته الشريعة يحرم اتيانه ، وانما لولي الامر بعد وقوع الجريمة أن يعاقب أو يعفو ، واستعمال ولي الامر لحقه في العقوبة أو العفو مقيد بصالح الجماعة ونظامها العام ، الذي يقتضي العفو عن العقوبة تارة ، ويقتضي تنفيذ العقوبة تارات ، وليس لولي الامر أن يستجيب لمقتضيات المصلحة العامة أو النظام العام ، لانه لم يمنح حق العفو عن العقوبة أو ايقاعها الا ليكون قادرا على تحقيق مصلحة الجماعة وتثبيت نظامها ، ولم

(١) حاشية البناني وشرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٥ ، ١١٦ — بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٣ ، ٦٤ — المغني ج ١٠ ص ٣٤٨ .

(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٢ ، ١٦٣ .

يول أمر الجماعة الا لحماية صوالحها وحفظ نظامها .

والواقع أن الشافعي لم يقصد بنظريته أن يعطل نصوص الشريعة . أو أن يمنع العقاب على جرائم التعازير ، وانما قصد من وضع نظريته أن يقرر مسؤولية الولاة عن ضمان ما يترتب على تنفيذ عقوبات التعازير ، من موت أو قطع عضو أو تعطيله وما أشبه . ولا أدل على ذلك من أن فقهاء المذهب الشافعي يتكلمون عن هذه النظرية في باب ضمان المتلفات . ولا يذكرون عنها شيئا في باب التعزير فهم يرون أن العقاب في التعازير من حق ولي الامر لأن له أن يعفو وأن لا يعفو ، وأن يختار عقوبة دون عقوبة ، وما دام ولي الامر غير ملزم بالعقاب وغير ملزم بعقوبات معينة ، فهو مسؤول عن ضمان ما يؤدي اليه العقاب من موت أو عجز أو تعطيل طرف أو قطعه ، لانه كان يستطيع أن يعاقب بغير العقوبة التي أدت لهذه النتيجة ، وكان يستطيع أن لا يعاقب فاذا اختار عقوبة معينة فأدت الى الموت مثلا فهو مسؤول عن ضمان ما حدث ، لانه كان يستعمل حقا والقاعدة في الشريعة أن استعمال الحق مقيد بشرط السلامة (1) — ٣١٥ — .

فالشافعي حين قرر نظريته لم يرد أن يعطل نصوص الشريعة ، أو يمنع العقاب على جرائم التعازير ، وانما قصد الوصول الى نتيجة لا علاقة لهـا بهذين الامرين ، هي الزام الولاة بضمان سراية عقوبات التعازير (2) فاذا

(1) الام الجزء السادس ١٧١ — أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٦٢ .
(2) أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٦٣ .

٣١٥ — الرأي السائد عند فقهاء المذهب الجعفري الى عدم الضمان لو أدى التعزير الى التلف اذا رأى الحاكم ان المصلحة ألملزمة تلزم بالتعزير الذي أمر بـه وذهب بعض فقهاء المذهب الجعفري الى الضمـان في هذا الفرض .

استطعنا أن لا ننسى هذه الاعتبارات أمكننا أن نفهم نظريته على حقيقتها، وتبين لنا أن العقاب اذا كان حقا لولي الامر عند الشافعي ، فان ولي الامر ليس له أن يعطله الا تحقيقا لمصلحة عامة ، وهذه النظرية لا نكاد تختلف، شيئا في نتيجتها العملية عن نظرية مالك وأبي حنيفة وأحمد التي تجعل لولي الامر أن لا يعاقب تحقيقا لمصلحة عامة ، وان جعلت العقاب في الاصل واجبا، فالنظريتان لا تختلفان في نتيجتهما العملية من حيث توقيع العقوبة ، وان اختلفتا من الناحية الفقهية في تقرير مسؤولية ولي الامر عن سراية العقوبة .

الفصل الثاني

في سريان النصوص الجنائية على الزمان

٢٠٤ ـ قاعدة اصولية : ـ

القاعدة العامة في الشريعة الاسلامية أن النصوص الجنائية لا تسري الا بعد صدورها وعلم الناس بها [1] ـ ٣١٦ ـ ، فلا تسري على الوقائع السابقة على صدورها أو العلم بها . ومقتضى هذه القاعدة أن النصوص الجنائية ليس لها أثر رجعي ، وأن الجرائم يعاقب عليها بالنصوص المعمول بها وقت ارتكاب هذه الجرائم .

وليس في كتب الفقه مباحث خاصة عن الاثر الرجعي للنصوص ، ولكن ليس معنى ذلك أن الشريعة لا تعرف الاثر الرجعي ولم تتعرض له ، فان من يتبع آيات الاحكام وأسباب النزول يستطيع بسهولة أن يخرج بنظرية الشريعة كاملة في الاثر الرجعي .

ونستطيع أن نقول بعد أن تتبعنا آيات الاحكام الجنائية : ان القاعدة

(١) راجع الفقرة رقم ٨٧ .

٣١٦ ـ ذكرنا سابقا أنه لا يشترط في سريان النصوص الجنائية علم الناس بها بل الشرط صدورها وتمكن المكلف من امتثالها لبداهة صحة تكليف من لم يعلم مع تمكنه من امتثال ما كلف به ولقد اشرنا سابقا الى استحالة اشتراط التكليف بالعلم اذ لو لم يكن التكليف متقدما على العلم فبماذا يتعلق العلم يا ترى .

العامة في الشريعة هي أن التشريع الجنائي ليس له أثر رجعي ، وان هذه القاعدة العامة لها استثناءان :ـ

أولهما : ان التشريع الجنائي يجوز أن يكون له أثر رجعي في حالة الجرائم الخطيرة التي تمس الامن العام أو النظام العام .

ثانيهما : ان التشريع الجنائي يجب أن يكون له أثر رجعي كلما كان ذلك في مصلحة الجاني .

والفرق بين الاستثناءين أن الاول جوازي للشارع ، فله أن يجعل للتشريع أثرا رجعيا بشرط أن تستوجب ذلك مصلحة عامة ، والثاني وجوبي فليس للشارع أن يمنعه الا اذا اقتضت ذلك مصلحة عامة ، وسندلل فيما يلي على القاعدة وما استثنى منها .

٢٠٥ ـ القاعدة العامة ((لا رجعية في التشريع الجنائي)) :

فأما القاعدة العامة فهي مستخلصة من تتبع آيات الاحكام الجنائية وأسباب نزولها ، فقد نزلت جميع الاحكام التي حرمت المعاصي بعد أن نشأ الاسلام ، فلم يعاقب بها على الجرائم التي وقعت قبل النزول ، عدا جريمة القذف وجريمة الحرابة ، فهناك من يرى أن عقوبتهما طبقت على جرائم وقعت قبل النزول ، ومن الصعب أن نستعرض كل الجرائم واحدة بعد أخرى، ولهذا سنكتفي باستعراض الجرائم المهمة .

فالزنا حرم في أول الاسلام ، وكانت العقوبة عليه أول الامر مخففة، وهي الايذاء والحبس في البيوت طبقا لقوله تعالى : « واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم ، فان شهدوا فأمسكوهن في البيوت حتى يتوفاهن الموت ، أو يجعل الله لهن سبيلا . واللذان يأتيانها

منكم فآذوهما ، فان تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما » [النساء : ١٥ ، ١٦] ثم شددت عقوبة الزنا بعد ذلك — ٣١٧ — ، فصارت الجلد والرجم طبقا لقوله تعالى : « الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة » [النور : ٢] وطبقا لقول الرسول « خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلا. البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام . والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة » ولو كان للتشديد أثر رجعي لطبقت عقوبة الجلد والرجم على الجرائم التي وقعت قبل تقرير هاتين العقوبتين . ولكن لا يعلم أحدا جلد أو رجم لزنا وقع قبل تشديد عقوبة الزنا . ومن ثم فلم يكن للنص المعاقب على الزنا أثر رجعي — ٣١٨ — .

وحرم الله نكاح زوجة الاب بعد أن كان جائزا ، فاصبح لهذا النوع من النكاح وجهين : أحدهما : جنائي ، والثاني : مدني ، فمن الناحية الجنائية

٣١٧ — أي ان الآية الثانية نسخت الآية الاولى وقد ذكرنا سابقا أنه لا نسخ في المقام لعدم امكان نسخ الآية المباركة الا بآية متصلة بها ، كما ذكرنا انه لا نسخ الا مع اتحاد الموضوع في الآيتين وعدم امكان اجتماع الحكمين ، وقد ذكرنا سابقا أن الآية الاولى غير مختصة بالزنا والآية الثانية مختصة بالزنا ومخرجة له عن عموم الآية الاولى لا ناسخة لها كما لا مانع من اجتماع الحكمين فالحكم المذكور في الآية الاولى لاجل المنع من تكرار الجريمة فهو حكم وقائي والحكم المذكور في الآية الثانية لمعاقبة المجرم فهو حكم تأديبي .

٣١٨ — كما يشهد له ظهور نفس الادلة من انها في مقام بيان عقوبة من سيصدر منه الزنا فلا تشمل من زنا سابقا وهكذا جميع الجرائم التي سيذكرها المؤلف بعيد ذلك .

أصبح نكاح زوجة الاب جريمة : ومن الناحية المدنية ظل النكاح عقداً من العقود ، وقد اعتبرت الشريعة نكاح زوجة الاب جريمة ، ولكنها لم تجعل للنص أثرا رجعيا حيث قال الله تعالى : « ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء الا ما قد سلف ، انه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا » [النساء : ٢٢] فلم يطبق حكم النص الا على الوقائع التي وقعت بعد نزوله والعلم به . ولكن ترتب على نزول النص التفريق بين الازواج الذين سبق لهم أن تزوجوا هذه الزيجات المحرمة ، فكان للنص أثر رجعي من الناحية المدنية امتد الى وقت انعقاد العقد ، ولم يكن للنص أثر رجعي من الناحية الجنائية ، فلم يعاقب أحد ممن فسخت زيجاتهم لقوله تعالى : « الا ما قد سلف » .

وكذلك كان الحال في تحريم نكاح الامهات والبنات وغيرهن من المحارم فقد عدد النص القرآني المحارم اللائي يحرم نكاحهن ثم قال : « وأن تجمعوا بين الاختين الا ما قد سلف ان الله كان غفوراً رحيما » [النساء : ٢٣] وقد ترتب على نزول آية التحريم التفرقة بين الزوجين في الزيجات المحرمة، فكان للنص أثر رجعي من الناحية المدنية ، ولكن لم يكن للنص أثر رجعي من الناحية الجنائية فلم يعاقب أحد على هذه الزيجات المحرمة التي تمت قبل نزول النص لقوله تعالى في آخر الآية « الا ما قد سلف » .

ومثل ذلك حدث يوم حرم القرآن ان يتزوج الرجل أكثر من أربع نسوة فقد كان العرب يتزوجون أكثر من أربع فلما نزل قوله تعالى : « فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع » [النساء : ٣] فرق بين الزوج — ٣١٩ — وما زاد على الاربع ، ولم يعاقب زوج على ما حدث منه

---

٣١٩ — ولم يستثن من هذه القاعدة الا النبي (ص) لان نسائه أمهات المؤمنين ولا يصح لهن ان يتزوجن احدا لو فارقهن (ص) ولكنه (ص)

قبل نزول النص ، فكان للنص أثر رجعي من الناحية المدنية ، ولكن لم يكن له أثر رجعي من الناحية الجنائية .

وحرمت الخمر والميسر على مراحل . فنهى المسلمون أن يقربوا الصلاة وهم سكارى بقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون » [النساء : ٤٣] ثم بين الله لهم أن في الخمر والميسر اثم ومنفعة وأن اثمهما أكبر من نفعهما فقال : « يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما اثم كبير ومنافع للناس ، واثمهما أكبر من نفعهما » [البقرة : ٢١٩] ثم حرم الله الخمر والميسر بعد ذلك تحريما قاطعا حيث قال : « انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه » [المائدة : ٩٠] وجعل الرسول حد الشرب الجلد ، وعقوبة الميسر التعزير ، ولكن لا يعلم أن أحدا عوقب على شرب الخمر أو لعب الميسر قبل نزول التحريم . ولا يعلم أن نصا من نصوص التحريم كان له أثر رجعي . ومن ثم يمكن القول بأن النصوص التي حرمت الخمر والميسر لم يكن لها أثر رجعي .

وجاءت الشريعة بقطع يد السارق حيث يقول الله جل شأنه : « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله » [المائدة : ٣٠] ولا يعلم أن هذا النص طبق على سرقة وقعت قبل نزوله . ومن ثم يمكن القول بأن نص السرقة لم يكن له أثر رجعي .

لم يتزوج بعد نزول هذه الآية المحددة لعدد النساء بأي امرأة فما قيل من انه (ص) أباح لنفسه تعدد الزواج اكثر من أربع ولم يبحه لسواه لا أصل له بل أجاز الله له الابقاء على نسائه لعدم امكان زواجهن بغيره .

وحرم الله الربا وكان مباحا بقوله تعالى : « وأحل الله البيع وحرم الربا فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وأمره الى الله . ومن عاد فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون » [البقرة : ٢٧٥] وبقوله : « ياأيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا أن كنتم مؤمنين . فان لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله . وان تبتم فلكم رؤوس أموالكم لا تَظلِمُون ولا تُظلَمُون » [البقرة : ٢٧٨ ، ٢٧٩] فأصبح الربا بعد التحريم جريمة من وجه . وعملا مدنيا من وجه آخر وجاءت النصوص المحرمة بحكمين : احداهما : جنائي . والآخر مدني . فأما الحكم الجنائي فيقضي بأن لا عقاب على الربا السابق على نزول التحريم . وأن العقاب على ما بعده فقط . وأما الحكم المدني فيقضي بأن ليس للدائن غير رأس ماله فقط فالحكم الجنائي ليس له أثر رجعي ، والحكم المدني له أثر رجعي يعود الى وقت الذي انعقد فيه العقد الربوي .

وحرم الله على المحرم قتل الصيد . وجعل على قتله عقوبة ، ولكنه عفا عما سلف لينبه على أن النص ليس له أثر رجعي ، فقال : « يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم حُرُمٌ ، ومن قتله منكم مُتَعَمِّداً فجزاءٌ مِثلُ ما قَتَلَ من النَّعَمِ ، يَحكُمُ به ذَوَا عَدْلٍ منكم هَدْياً بالغ الكعبة ، أو كفارةٌ طعامُ مَساكِينَ أو عَدْلُ صياما لِيذُوقَ وبالَ أمْرِهِ عفا الله عَمَّا سَلَفَ ، ومن عاد فينتقم الله منه ، والله عزيزٌ ذُو انْتِقامٍ » [المائدة : ٩٥] .

هذه هي بعض النصوص الجنائية ظاهر من استعراضها أنها ليس لها أثر رجعي ، وهي في هذا تدلنا على طريقة الشريعة في التشريع الجنائي ، وترشدنا الى قاعدة الشريعة العامة .

ويستطيع القارىء ان يلاحظ ان بعض النصوص صرحت بالعفو عما سلف أي بانعدام الاثر الرجعي ، والبعض الاخر لم يصرح به ، وليس لهذا في ذاته أهمية ، لأن النص على العفو عما سلف أي عما حدث قبل نزول النص يعتبر في ذاته نصا عاما مقررا لقاعدة عامه — ٣٢٠ — ، ولو أنه جاء ضمن نص خاص ، فيطبق اذن على كل النصوص الجنائيه لا على الحالات التي اقترن بتحريمها دون غيرها ، وهذا التفسير يتفق من القاعدة الشرعية الاساسية التي تقضي بانه : « لا يكلف شرعا الا بفعل ممكن . مقدور المكلف ، معلوم له علما يحمله على امتثاله » — ٣٢١ — ويتفق مع القاعدة الشرعية الاساسية التي تقضي بأن : « لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص » كما أنه يتفق مع نصوص الشريعة الاكثر عموما ، فالله جل شأنه يقول : « وماكنا معذبين حتى نبعث رسولا » [الاسراء : ١٥] ويقول « وما أهلكنا من قرية الا لها منذرون » [الشعراء : ٢٠٨] ويقول : « وما كان ربُّك مُهْلِك القرى حتى يبعث في أُمّها رَسولاً يَتلو عليهِم آيا تنا . وما كنّا مُهلكي القرَى الا وأهلُها ظالمون » [القصص : ٥٩] .

ونخرج من هذا كله بأن قاعدة الشريعة العامة في التشريع الجنائي تقضي بأن هذا التشريع ليس له أثر رجعي ، وأن نصوص الشريعة ومبادئها العامة وتاريخ هذه النصوص كل ذلك يقطع بأن لا رجعية في التشريع الجنائي .

---

٣٢٠ — كيف يعتبر نصا عاما يا ترى بعد أن كان مورده خاصا، ولكن لا يتوقف عدم الاثر الرجعي على التصريح بالعفو كما عرفت من ظهور الادلة في الحكم على ما يصدر منه في المستقبل .

٣٢١ — مر علينا آنفا امكان التكلف بغير المعلوم مع التمكن من امتثاله .

٢٠٦ — الاستثناء الاول : جواز الرجعية في حالة الجرائم الخطيرة التي تمس الامن العام والنظام العام :

اذا كانت القاعدة العامة في الشريعة أن لا رجعية في التشريع الجنائي، فانه يجوز استثناء من تلك القاعدة أن يكون للتشريع الجنائي أثر رجعي في حالة الجرائم الخطيرة التي تمس الامن أو النظام العام ومن ألامثلة على هذا الاستثناء : جرائم القذف والحرابة والظهار — ٣٢٢ — ، فقد طبقت العقوبة فيها على وقائع سابقة على نزول النص .

وفي نص القذف خلاف ، فالبعض يرى أنه نزل قبل حادث الافك فلما كان هذا الحادث وبرأ الله عائشة منه طبق النص على القذفة ، وعوقبوا بالعقوبة التي يقررها ، واذا صح هذا الرأي لم يكن لنص القذف أثر رجعي ، حيث لا يعلم أنه طبق على واقعة سابقة على نزوله .

ويرى البعض — ورأيهم هو الراجح — أن النص نزل بمناسبة حادث الإفك — ٣٢٣ — ، فاذا صح هذا الرأي كان لنص القذف أثر رجعي ، اذ الثابت الذي لا خلاف فيه أن رسول الله حد القذفة ، فكأنه طبق النص على

---

٣٢٢ — سيأتي الكلام في كل من هذه الجرائم الثلاث .

٣٢٣ — لم يثبت ذلك عندنا والرواية المثبتة له ضعيفة السند ولو سلمنا اعتبارها فلا يكون للآية أثر رجعي وانما شمل حد القذف من اتهم أم المؤمنين عائشة لان المتهمين كانوا متلبسين بجريمة القذف حين نزول الآية ومصرين على قذفهم لها فلذا لم يعاقب رسول الله (ص) سواهم ممن صدر منه القذف قبل نزول الآية المباركة وهكذا الكلام في آيتي الحرابة والظهار .

وقائع سابقة على نزوله .

ويمكن ان يعلل الاثر الرجعي للنص بما ترتب على الحادث الذي نزل فيه النص من آثار هامة ، فقد قذف جماعة زوج النبي . وخاضوا في عرضها ، وآذوها وآذوا النبي بالإفك الذي قالوا ، حتى اضطرب المجتمع الاسلامي اضطرابا شديدا ، وكاد المسلمون يقتتلون ، فقد روى أن رسول لله صلى الله عليه وسلم صعد الى المنبر بعد أن خاض الناس في هذا الامر ، وقال : «يا معشر المسلمين من يعذرني في رجل قد بلغني أذاه في أهلي ، فوالله ما علمت على أهلي الا خيرا ، ولقد ذكروا رجلا ما علمت عليه الا خيرا ، وما كان على أهلي الا معي » فقام سعد بن معاذ الانصاري فقال : أنا أعذرك منه يا رسول الله ، ان كان من الاوس ضربنا عنقه ، وان كان من الخزرج أمرتنا فأطعنا أمرك . فقام سعد بن عبادة فقال : — وهو سيد الخزرج — وكان رجلا صالحا ولكن احتملته الحمية : أي سعد بن معاذ ، لعمر الله لا تقتله ، ولا تقدر على قتله . فقام أسيد بن خضير وهو ابن عمة سعد بن معاذ وقال لسعد بن عبادة : لعمر الله لنقتلنه ، فانك منافق تجادل عن المنافقين ، فتأثر الحيان : الاوس والخزرج حتى هموا أن يقتتلوا ، ورسول الله يخفضهم حتى سكتوا (١) . فهذا الحادث الذي أهم المسلمين ، وكاد يوقع الفتنة بينهم ، والذي أنزل الله فيه قرآنا ، هو حادث هام يمس أمن الجماعة ونظامها ، وهو أحق ما يجعل للنصوص فيه أثر رجعي ، لان العقوبة في مثل هذا الحادث تدعوا الى تهدئة النفوس الثائرة ومحو ما خلفته الجريمة من آثار .

وقد اختلفوا أيضا في أسباب نزول آية الحرابة والذي عليه الجمهور أنها نزلت في العرنيين ، وهم قوم من عرنية ، قدموا على رسول الله صلى

---

(١) تفسير الطبري ج ١٨ ص ٥٣ — تفسير الالوسي ج ١٨ ص٧٩ — تفسير الشهاب علي البيضاوي ج ٦ ص ١٥٩ .

الله عليه وسلم فاجتووا المدينة ، فأمر لهم الرسول بلقاح ، وأمرهم أن يشربوا ألبانها وأبوالها ، فانطلقوا ، فلما صحوا قتلوا الراعي وأستاقوا النعم ، فأرسل الرسول في أثرهم فجيء بهم ، فأنزل الله تبارك وتعالى في ذلك قوله : « انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ، ويسعون في الارض فسادا ، آن يقتلوا ، أو يصلبوا ، أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف او ينفوا من الارض ذلك لهم خزي في الدنيا ، ولهم في الآخرة عذاب عظيم » [المائدة : ٣٣] وقيل : ان الآية نزلت في قوم من أهل الكتاب بينهم وبين الرسول عهد فنقضوا العهد ، وقطعوا السبيل وأفسدوا في الارض وروى ابن جرير أن الآية نزلت عتابا للنبي — ٣٢٤ — ؛ لأنه قطع أيدي العرنيين ، وتركها دون حسم ، وسمل أعينهم كما سملوا عين الراعي فنزلت الآية تحريما للمثلة[1] .

فاذا صحت رواية ابن جرير وكانت الآية قد نزلت بعد عقاب العرنيين فيكون الرسول قد عاقبهم طبقا لقوله تعالى : « وجزاء سيئة سيئة مثلها » [الشورى : ٤٠] وقوله : « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » [البقرة ١٩٤] وتكون الآية قد نزلت بحكم جديد ثابت لعقاب من يفعل تلك الفعلة ويترتب على صحة هذه الرواية أن لا يكون للنص أثر رجعي ؛ لانه لم يطبق على حالة سبقت نزوله .

(١) تفسير الطبري ج ٦ ص١١٩ — تفسير المنار ج ٦ ص٣٠٢ — تفسير القرطبي ج ٦ ص ١٤٨ .

٣٢٤ — لا يمكن الاعتماد على هذه الرواية لانه ان صح أن النبي كان قطع ايدي العرنيين وتركها دون حسم وسمل أعينهم فقد قام بما هو تكليفه قبل نزول الآية المباركة فكيف يعاتبه ربه يا ترى مع أنه ليس في الآية المباركة ما يستفاد منه أي عتاب أو تأنيب .

واذا صحت الرواية القائلة : بأنها نزلت لعقاب العرنيين ، أو الرواية القائلة : بأنها نزلت في قوم مشركين ، فان الآية تكون قد نزلت بعقوبة فعل سابق عليها ، ومن ثم يكون لها أثر رجعي ، والجمهور يرجح الرواية القائلة بأن الآية نزلت لعقاب العرنيين ، وعلى هذا يكون الرأي الراجح أن الآية لها أثر رجعي .

ولا شك أن المصلحة العامة هي التي اقتضت أن يكون للنص أثر رجعي فقد كان حادث العرنيين فظيعا ، يوشك لو لم يؤخذ أصحابه بعقوبة رادعة أن يجريء الناس على المسلمين ، وعلى النظام الجديد ، وأن يشجع على قطع الطريق ، وزعزعة الامن والنظام ، فكان لابد من عقاب رادع على هذه الجريمة ، ولكن العقاب الرادع يقتضي أن يجعل للنص أثر رجعي فجعل له هذا الاثر حفظا للامن العام وحماية للجماعة ونظامها ، كما جعل لنص القذف أثر رجعي ، لتقطع الالسنة وتهدأ الفتنة وتسكن النفوس الثائرة . فحفظ الامن وحماية الجماعة ونظامها هو الغرض الاول والاخير من جعل الاثر الرجعي للنص الجنائي .

واذا كان هناك خلاف في أسباب نزول آية القذف وآية الحرابة فانه لا خلاف في أسباب نزول آية الظهار ، واذا كان الخلاف في أسباب نزول آية القذف وآية الحرابة مما يدعو الى الشك في أن الشريعة تجيز الرجعية في التشريع الجنائي ، فان الاتفاق على سبب نزول آية الظهار ، وعلى أنها طبقت على واقعة سابقة ، مما يقطع بأن الشريعة تجيز أن يكون للتشريع الجنائي أثر رجعي . وهذا الذي تقطع به آية الظهار ينهى الخلاف القائم في آيتي القذف والحرابة لمصلحة القائلين بأن كليهما طبقت على واقعة سابقة عليها . ويؤكد أن هاتين الآيتين كان لهما أثر رجعي .

ولقد كان الظهار [1] في الجاهلية وفي أول الاسلام طلاقا . أي أنه كان تصرفا يترتب عليه فسخ عقد الزواج وانهائه ، ولم يكن يعتبر جريمة حتى ظاهر أوس بن الصامت من زوجته خولة ، فقال لها : أنت علي كظهر أمي ، فأتت رسول الله صلى الله عليه وسلم وعائشة تغسل شق رأسه . فقالت : يا رسول الله ، طالت صحبتي مع زوجي . وأكل شبابي . ونثرت له بطني ، حتى اذا كبر سني ، وانقطع ولدي ظاهر مني . فقال رسول الله: حرمت عليه ، فقالت أشكو الى الله فاقتي اليه . ثم قالت : يا رسول الله ، طالت صحبتي مع زوجي ، ونفضت له بطني ، وظاهر مني فقال رسول الله: حرمت عليه . فكلما قال لها ذلك رسول الله هتفت ، وصاحت : الى الله أشكو فاقتي . فنزل الوحي وقد قامت عائشة رضي الله عنها تغسل شق رأسه الآخر ، فأومأت اليها عائشة أن اسكتي . فلما قضى الوحي قال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : ادعي لي زوجك ، فلما حضر تلا عليه الرسول قول الله تعالى « قَدْ سَمِعَ اللهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا وَتَشْتَكِي إِلَى اللهِ ، وَاللهُ يَسْمَعُ تَحَاوُرَكُمَا ، إِنَّ اللهَ سَمِيعٌ بَصِيرٌ . الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ ، إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَزُورًا ، وَإِنَّ اللهَ لَعَفُوٌّ غَفُورٌ وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا ، فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا ، ذَلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِ ، وَاللهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ . فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا ، فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ

(1) الظهار هو تشبيه الرجل وطء من تحل له من النساء بوطء من تحرم عليه منهن تحريما مؤبداً بنسب أو صهر أو رضاع ، وكانت العرب تكني عن ذلك بالظهر ، فيقول الرجل منهم . امرأتي علي كظهر أمي ، ولذلك سمي ظهارا لانه مأخوذ من الظهر .

مسكينا ذلك لتؤمنوا بالله ورسوله ، وتلك حدود الله ، وللكافرين عذاب أليم » [المجادلة : ١ ، ٢ ، ٣ ، ٤] .

وبهذه الآيات التي نزلت في الظهار أخبر الله تعالى أن لفظ الظهار الذي كانوا يطلقون به نساءهم منكر من القول وزور ، والمنكر من القول هو الذي لا تعرف حقيقته ، والزور الكذب ، وانما قال الله فيه انه كذب لأنهم صيروا به نسائهم كأمهاتهم ، وهن لا يصرن كأمهاتهم ولا كذي محارمهم ؛ لأن ذوي المحارم لا يحللن لمظاهر أبدا ، كذلك حرم الله الظهار وعاقب عليه ، فأخرجه بهذا من باب التصرف الى باب الجريمة ، ومن باب المباح الى باب المعاقب عليه .

ولقد طبقت آية الظهار أول ما طبقت على أوس بن الصامت نفسه ، فقد قال له الرسول صلى الله عليه وسلم : أتستطيع أن تعتق رقبة ؟ قال : لا . قال : فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين . أتستطيع أن تصوم شهرين متتابعين ؟ قال : يارسول الله اني اذا لم آكل في اليوم ثلاث مرات خشيت أن يعشو بصري . قال : فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا ، فهل تستطيع أن تطعم ستين مسكينا ؟ قال : لا ، يا رسول الله الا أن تعينني ، فأعانه رسول الله ، فأطعم ستين مسكينا ، وراجع زوجته (١) .

واذا كانت عقوبة الظهار قد طبقت على أوس بن الصامت عن واقعة حدثت قبل نزول النص فمعنى ذلك أن آية الظهار لها أثر رجعي .

٢٠٧ ــ الاستثناء الثاني : وجوب الرجعية اذا كان التشريع أصلح للجاني:

اذا صدر نص جنائي أصلح للجاني ــ ٣٢٥ ــ وجب تطبيق هذا

(١) المقدمات لابن راشد ج ٢ ص ١٤٠ ، ١٤١ .

٣٢٥ ــ وجب تطبيق النص المتأخر على الجاني سواء كان أصلح لحالـه

النص دون غيره على الجاني • ولو أن الجاني ارتكب جريمته تحت حكم نص أشد عقوبة ويشترط لتطبيق النص الاصلح للجاني أن لا يكون الحكم الصادر على الجاني طبقا للنص القديم قد أصبح نهائيا ، فان كان قد أصبح نهائيا فقد انتهى الامر به ، ولا تعاد محاكمة الجاني طبقا للنص الجديد • والعلة في تطبيق النص الاصلح أن العقوبة ــ ٣٢٦ ــ مقصود منها منع الجريمة وحماية الجماعة ، فهي ضرورة اجتماعية اقتضتها مصلحة الجماعة ، وكل ضرورة تقدر بقدرها ، فاذا كانت مصلحة الجماعة في تخفيف العقوبة وجب أن يستفيد الجاني الذي لم يحكم عليه بعد من النص الجديد المخفف للعقوبة ، لان حفظ مصلحة الجماعة ليس في التشديد ، ولانه من العدل أن لا تكون العقوبة زائدة عن حاجة الجماعة مادامت شرعت لحماية الجماعة.

أم لم يكن لأن النص المتأخر ينسخ النص المتقدم ويرفع تأثيره فلا يمكن العمل به •

٣٢٦ ــ بل العلو تأخره ولذا لو كان المتقدم أصلح للجاني لاخذنا بالمتأخر أيضا فان النص الجنائي الاول لما لم يطبق على المجرم وصدر النص الثاني وألغى الاول فكان لا بد من تطبيق الثاني على جريمته ولكنها كانت تحت نظر النبي (ص) فلا يكون تطبيقها على الموارد التي كان النزاع فيها يدل على أن لها أثرا رجعيا مطلقا بل خصوص الامور التي لا يزال النزاع فيها قائما •

مع ان الحكم بالتفاضل لم يكن حكما اسلاميا بل ان أول حكم اسلامي هو الحكم القاضي بالتساوي فلا يكون هذا شاهدا لما فرضه المؤلف وهو وجود نصين المتأخر منهما أصلح للجاني اذ لا نص اسلامي قبل النص الحاكم بالتساوي •

ولأن العلة تدور مع المعلول وجودا وعدما .

ومن الامثلة البارزة على هذا الاستثناء جريمة القتل . ذلك أن العرب قبل الاسلام كانت تباين في الفضل وتعترف بهذا التباين . فاذا كان بينها ما يكون بين الجيران من قتل العمد أو الخطأ عرف لصاحب الفضل فضله . وتباينت الديات بحيث تكون دية الشريف أضعاف دية الرجل دونه . واتسع هذا التباين حتى تعدى الافراد الى القبائل . فكانت دية ألنضيري مثلا ضعف دية القرظي . وكان الشريف من العرب اذا قتل لم يقتل قاتله فقط بل قتل من أشراف قبيلة القاتل من يرونه كفء القتيل ، وربما لم يرضوا الا بعدد يقتلونهم . ولقد قتل أحد أفراد قبيلة غني شاسا بن زهير . فجمع عليهم أبوه زهير بن جذيمة ، فقالوا له : سل في قتل شاس فقال : احدى ثلاث لا يغنيني غيرها . قالوا : وما هي ؟ قال : تحيون لي شاسا . أو تملئون ردائي من نجوم السماء . أو تدفعون الي قبيلة بأسرها فأقتلها . ثم لا أرى أني أخذت منه عوضا . فهذا هو ولي القتيل يرى أن قبيلة بأسرها لا يجزي قتلها في ولده . ولما قتل كليب بن وائل اقتتلوا دهرا طويلا واعتزلهم بعضهم فأصابوا ابنا له يقال له بجير . فأتاهم وقال : قد عرفتم عزلتي فبجير بكليب . وكفوا عن الحرب . فقالوا : بجير بشسع نعل كليب . فقاتلهم بعد اعتزاله وكان من أشراف القبيلة (١) .

وقد جاء الاسلام وبعض العرب يطلب بعضا بدماء وجراح . فمحا حكم الجاهلية ، وسوى في الحكم بين الناس . وذلك قوله تعالى : « أفحكم الجاهلية يبغون ، ومن احسن من الله حكما لقوم يوقنون » [المائدة : ٥٠] سوى الاسلام بين دم الشريف والوضيع . وبين دماء الاحرار ودماء العبيد ،

(١) الام ج ٦ ص ٧ تفسير القرطبي ج ٢ ص ٢٤٤ .

وبين دماء الرجال والاناث . وذلك قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنو كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر ، والعبد بالعبد ، والانثى بالانثى . فمن عفى له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف واداء اليه باحسان . ذلك تخفيف من ربكم ورحمة ، فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم » [البقرة : ١٧٨] وبعد نزول هذا الحكم انتهى التفاضل في الدماء والجراح والديات ، وطبق الحكم على ما سبقه من دماء وجراح لم يحكم فيها بعد . وبهذا كان للنص أثر رجعي .

ويترتب على ما توجبه الشريعة من تطبيق التشريع الاصلح للجاني نتائج منطقية هامة : ــ

١ ــ اذا صدر التشريع الجديد قبل الحكم في الجريمة وكان أصلح للجاني ــ ٣٢٧ ــ حوكم الجاني بمقتضاه ولو أنه ارتكب الجريمة في ظل التشريع القديم .

٢ ــ اذا صدر التشريع الجديد بعد الحكم وكان أصلح للمحكوم عليه نفذ من العقوبة ــ ٣٢٨ ــ المحكوم بها ما يتفق مع العقوبة التي يفرضها التشريع الجديد .

٣ ــ اذا كان التشريع الجديد بعد الحكم وكان يبيح الفعل ولا يعاقب عليه ، فيجب أن لا ينفذ الحكم الذي صدر طبقا للتشريع القديم ، كما يجب

---

٣٢٧ ــ بل ولم يكن اصلح كما مر عليك سابقا .

٣٢٨ ــ بل تنفذ جميعها لان ظاهر التشريع الجديد اختصاص بمن يحاكم ابتداءً أو تستمر محاكمته بعد تشريعه الا مع النص على عدم الاختصاص كما ان التشريع الجديد لا يكون مانعا من تنفيذ الحكم الصادر على وفق التشريع القديم ولا يوجب توقف تنفيذه الا مع النص على ذلك.

أن يوقف تنفيذه اذا كان قد بديء في تنفيذه .

٤ ـ اذا كان التشريع الجديد يشدد العقوبة فلا ينطبق على جاني ؛ لأنه ليس الاصلح له ، ولان الاصل أن الجرائم يعاقب عليها طبقا للنصوص السارية وقت ارتكابها .

٢٠٨ ـ الشريعة والقانون : ـ

بينا فيما سبق المبادىء التي تسير عليها الشريعة الاسلامية في سريان النصوص على الزمان ، وهذه المبادىء هي نفس المبادىء التي تأخذ بهـا القوانين الوضعية اليوم ، ولكن القوانين الوضعية لم تأخذ بهذه ألمبادىء الا أخيرا ، فقد كانت القاعدة في القوانين الوضعية قديما أن يكون للشارع الحق في أن يجعل لاي قانون جنائي أثرا رجعيا ، ولم يكن حقه في ذلك مقيدا بأي قيد ، فلما جاءت الثورة الفرنسية ألغي هذا الحق ، ولم يعـد للشارع أن يصدر قوانين جنائية لها أثر رجعي ، وقد ظل هذا المبدأ محترما من عهد الثورة الفرنسية الى أن بدأ علماء القانون والمشرعون يخرجون عليه في أواخر القرن الماضي وأوائل القرن الحالي ، حيث تبين لهم أن التقييـد المطلق ضار بمصالح الجماعة ، وان كان متفقا مع صالح الفرد ، ورأوا أن صالح الجماعة يجب أن يرجح على الصالح الفردي ، بحيث إذا اقتضى صالح الجماعة أن يجعل للقانون أثر رجعي كان للشارع هذا الحق ، وممن يرى هذا الرأي الشراح الايطاليون ، فانهم يرون قبول الاثر الرجعي للقوانين التي تنشيء عقوبات أشد الامور كانت جرائم من قبل ؛ لان حق المجتمع يعلو على مصلحة المجرم ، ويرى الشراح الانجليز أن الاثر الرجعي للعقوبة المشددة أمر معقول ، وقد جعل المشرع المصري والمشرع الفرنسي للقانون

أثرا رجعيا في قوانين معتادي الاجرام والاشتباه [١] .

وظاهر مما سبق أن المبدأ الحديث الذي يراه الشراح ويأخذ به المشرعون هو أن المشرع ليس له في الاصل ، أن يجعل للقانون أثرا رجعيا ، ولكن له استثناء أن يمارس هذا الحق كلما اقتضته المصلحة العامة . وهذه هي نفس النظرية الاسلامية .

وعلى أثر انتهاء الحرب الاخيرة في سنة ١٩٤٥ حاكمت الدول المنتصرة زعماء الدول المغلوبة وقوادها وحكامها ، وحكمت عليهم بعقوبات تتراوح بين الاعدام والاشغال الشاقة والسجن ، وكان موضوع المحاكمة أفعال لم تكن تعتبر جرائم لا في قوانين البلاد المنتصرة أو المنهزمة ولا في القانون الدولي ، ولم يكن يعاقب عليها من قبل ، وهذه المحاكمة التاريخية تطبيق واسع لنظرية رجعية القوانين لم يسبق له مثيل .

أما عن تطبيق التشريع الاصلح للمتهم على ما سبقه من الجرائم فهي قاعدة معترف بها في كل القوانين الوضعية تقريبا وان كانت القوانين لم تعرف هذه القاعدة الا في القرن الماضي .

وهكذا نستطيع أن نقول بعد هذه المقارنة : ان القوانين الوضعية بدأت من القرن الماضي تأخذ بنظرية الشريعة الاسلامية في الاثر الرجعي للتشريع الجنائي ، وان ما نعتبره اليوم أحدث الآراء والنظريات في القوانين الوضعية ليس الا تطبيقا دقيقا للنظرية التي جاءت بها الشريعة الاسلامية من ثلاثة عشر قرنا .

---

(١) القانون الجنائي لعلي بدوي ص ١١٦ ، ١١٧ — الموسوعة الجنائية ج ٥ ص ٥٦٨ وما بعدها .

الفصل الثالث

في سريان النصوص الجنائية على المكان

٢٠٩ ــ هل الشريعة عالمية أم اقليمية ؟ :

الاصل في الشريعة الاسلامية أنها شريعة عالمية لامكانية ، جاءت للعالم كله لا لجزء منه ، وللناس جميعا لا لبعضهم فهي شريعة الكافة لا يختص بها قوم دون قوم ، ولا جنس دون جنس ، ولا قارة دون قارة ، وهي شريعة العالم كله ، يخاطب بها المسلم وغير المسلم ، وساكن البلاد الاسلامية وساكن البلاد غير الاسلامية ، لكن لما كان الناس جميعا لا يؤمنون بها ، ولا يمكن فرضها عليهم فرضا ، فقد قضت ظروف الامكان أن لا تطبق الشريعة الا على البلاد التي يدخلها سلطان المسلمين دون غيرها من البلاد ، وهكذا أصبح تطبيق الشريعة الاسلامية مرتبطا بسلطان المسلمين وقوتهم فكلما اتسعت الاقاليم التي يتسلط عليها المسلمون اتسع نطاق تطبيق الشريعة ، وكلما انكمش سلطانهم انكمشت الحدود التي تطبق فيها الشريعة ، فالظروف والضرورة هي التي جعلت من الشريعة الاسلامية شريعة اقليمية وان كانت الشريعة في أساسها شريعة عالمية ، ولهذا نستطيع أن نقول : ان الشريعة الاسلامية في أساسها شريعة عالمية اذا نظرنا اليها من الوجهة العلمية ، ولكنها في تطبيقها شريعة اقليمية اذا نظرنا اليها من الوجهة العملية .

٢١٠ — تقسيم العالم :

وقد نظر الفقهاء الى هذا الاعتبار حين قسموا العالم كله إلى قسمين لا ثالث لهما : الاول يشمل كل بلاد الاسلام ، ويسمى دار الاسلام ، والثاني يشمل كل البلاد الاخرى ، ويسمى دار الحرب ؛ لأن القسم الأول يجب فيه تطبيق الشريعة الاسلامية ، أما القسم الثاني فلا يجب فيه تطبيقها — ٣٢٩ — لعدم امكان هذا التطبيق .

٢١١ — دار الاسلام :

تشمل دار الاسلام البلاد التي تظهر فيها أحكام الاسلام (١) ، أو يستطيع سكانها المسلمون أن يظهروا فيها أحكام الاسلام (٢) فيدخل في دار الاسلام كل بلد سكانه كلهم أو أغلبهم مسلمون ، وكل بلد يتسلط عليه المسلمون ويحكمونه ولو كانت غالبية السكان من غير المسلمين ؛ ويدخل في دار الاسلام كل بلد يحكمه ويتسلط عليه غير المسلمين ما دام فيه سكان مسلمون يظهرون أحكام الاسلام ، أو لا يوجد لديهم ما يمنعهم من اظهار أحكام الاسلام .

وسكان دار الاسلام نوعان : مسلمون ، وهم كل من آمن بالدين الاسلامي وذميون ، وهم غير المسلمين الذين يلتزمون أحكام الاسلام ، ويقيمون اقامة دائمة في دار الاسلام ، بغض النظر عن معتقداتهم الدينية .

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣٠ .
(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ٢٠٤ .

٣٢٩ — عدم امكان التطبيق حال كونها دار حرب لا يمنع من وجوب التطبيق مع امكان جعلها من بلاد الاسلام . فالواجب جعل جميع بلاد العالم بلادا اسلامية وتطبق فيها أحكامه .

فيصح أن يكونوا مسيحيين ويصح أن يكونوا يهودا ، ويصح أن يكونوا مجوسا أو صابئة ، أو عباد ما استحسن أو ممن لا يدينون بدين — ٣٣٠ — .

وسكان دار الاسلام جميعا مسلمين وذميين معصومو الدم والمال ؛ لأن العصمة (١) في الشريعة تكون بأحد شيئين : بالايمان ، والامان . ومعنى الايمان الاسلام ، ومعنى الامان العهد . ويكون بعقد الذمة ، وبالموادعة وبالهدنة . وما أشبه . فمن آمن برسالة محمد أي : أسلم فقد عصم دمه وماله بالاسلام ، لقوله عليه السلام : « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله الا الله محمد رسول الله . فاذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم الا بحقها » ، ومن دخل في أمان المسلمين بعقد من عقود الامان فقد عصم دمه وماله بالامان ، ولو بقي على غير دين الاسلام — ٣٣١ — فسكان دار الاسلام من المسلمين معصومو الدم والمال باسلامهم ، وسكان دار الاسلام من الذميين معصومو الدم والمال بأمانهم (٢) .

والأمان في الشريعة الاسلامية على نوعين (٣): أمان مؤقت ، وأمان

(١) العصمة معناها : عدم الاباحة ، فمن كان معصوم الدم والمال فهو غير مباح الدم والمال .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٠٢ — مواهب الجليل ج ٦ ص٢٣١ — أسنى المطالب ج ٤ ص ٢١٨ — الشرح الكبير ج ١٠ ص ٦٣٠ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٠٦ — أسنى المطالب ج ٤ ص٢١٠ — مواهب الجليل ج ٣ ص ٣٦٠ — ٣٦٤، ٣٨٠ وما بعدها — المغني ج١٠ ص ٥٧٨ .

٣٣٠ — الرأي السائد بين فقهاء المذهب الجعفري هو اختصاص أخذ الجزية بأهل الكتاب ولا يباح لغيرهم السكنى في بلاد المسلمين ولو مع دفع الجزية .

٣٣١ — ولكن لا يسمح له بالبقاء الدائمي اذ لا يجوز لغير المسلم السكنى

مؤبد فالامان المؤقت ما كان محدودا بأجل كالمهادنة ، وكالاذن بدخول دار الاسلام لأجل معين . والامان المؤبد هو ما ليس له أجل ينتهي به ، ولا يكون الا بعقد الذمة . ولا يتمتع به الا الذميون — ٣٣٢ — الذين يقيمون اقامة دائمة بأرض الاسلام ، وعليهم في مقابل هذا الامان الدائم التزام أحكام الاسلام [1] — ٣٣٣ — .

(١) لا يلزم الذمي بكل أحكام الاسلام وانما يلزم فقط بما لا يتعارض

في بلاد المسلمين الا الكتابيون اذا التزموا بشروط ألذمة والتزموا بشرائطها وانما يحق لآحاد المسلمين اعطاء أمان مؤقت لا أمان دائمي يبيح الاقامة في البلاد الاسلامية وهذا الامان المؤقت هو الامان المذكور في القرآن الكريم في سورة التوبة ٦ :

« وان أحد من المشركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام الله ، ثم أبلغه مأمنه ، ذلك بأنهم قوم لا يعلمون » .

واما الاخبار الدالة على ان لآحاد المسلمين اعطاء الأمان فالمراد منها هو الأمان المؤقت وهي ظاهرة في ذلك وان لم تكن ظاهرة في ذلك فهي مجملة وتفسيرها الآية المباركة وتكشف عن اختصاصها بالامان المؤقت الذي هو المتيقن منها .

٣٣٢ — الذميون الذين يؤخذ منهم الجزية هم أهل الكتاب من اليهود والنصارى وقد اختلفت آراء المذهب الجعفري في المجوس وهل يصح أخذ الجزية منهم أو لا يصح ولا يقرون على دينهم والمشهور كونهم من أهل الذمة ، ويستندون في ذلك الى الخبر المروي عن الامام أمير المؤمنين علي (ع) انه كان لهم كتاب أحرقوه ونبي قتلوه .

٣٣٣ — لا يلزم الذمي بكل أحكام الاسلام وانما يلزم بعدم التعرض

٢١٢ – دار الحرب :

وتشمل دار الحرب كل البلاد غير الاسلامية التي لا تدخل تحت سلطان المسلمين . أو لا تظهر فيها أحكام الاسلام ، سواء كانت هذه البلاد تحكمها دولة واحدة أو تحكمها دول متعددة ، ويستوي أن يكون بين سكانها المقيمين بها اقامة دائمة مسلمين أو لا يكون ، ما دام المسلمون عاجزين عن اظهار أحكام الاسلام .

وسكان دار الحرب على نوعين : فهم اما حربيون واما مسلمون :

فالحربيون هم سكان دار الحرب الذين لا يدينون بالاسلام ، ويقال لأحدهم حربي . والحربيون غير معصومين ، فدماؤهم وأموالهم مباحة مالم يكن بينهم وبين دار الاسلام عهد أو هدونة ، لان العصمة في الشريعة لاتكون كما قلنا الا بأحد شيئين بالايمان أو الامان .

وليس للحربيين اذا لم يكن بينهم وبين دار الاسلام عهد ، أن يدخلوا دار الاسلام ، فاذا دخلها أحدهم فهو مباح الدم والمال ، ويجوز قتله ومصادرة ماله ، كما يجوز اسره والعفو عنه .

مع معتقده الديني ، فيؤخذ بأحكام الاسلام في ضمان النفس والمال والعرض وتقام الحدود عليهم فيما يعتقدون تحريمه كالسرقة دون ما يعتقدون حله كشرب الخمر (راجع الشرح الكبير ج ١٠ ص ٦١١) – وبدائع الصنائع ج٧ ص ١١١ وما بعدها .

للمسلمين نفسا ومالا وعرضا وعقيدة وأن لا يعين عدوهم عليهم ولا يكون عينا عليهم ولا يؤوي في بيته عينا لخصومهم ولا يتجاهر بالمسكرات ولا ببقية المحرمات في شرع الاسلام كشرب الخمر وأكل لحم الخنزير وأكل الربا والزواج بالمحارم .

واذا دخل الحربي دار الاسلام باذن أو أمان خاص أو بناء على عهد فهو مستأمن ، والمستأمن يعصم دمه وماله عصمة مؤقتة ، لان أمانه مؤقت لا دائم وله أن يقيم في دار الاسلام المدة التي يستأمن فيها معصوم الدم والمال ، فاذا انتهى أمانه عاد حربيا كما كان مهدر النفس والمال إذا ترك دار الاسلام ، أما اذا بقي فيها مختارا فيرى البعض أنه يصبح حربيا — ٣٣٤ — ، ويرى البعض أنه يصبح ذميا — ٣٣٥ — باختياره البقاء في دار الاسلام ، ويصير معصوما عصمة مؤبدة .

أما المسلم الذي يسكن دار الحرب ولم يهاجر الى دار الاسلام أصلا فهو عند مالك والشافعي وأحمد كأي مسلم من أهل دار الاسلام يعصم بإسلامه دمه وماله — ٣٣٦ — ، ولو أنه مقيم في دار الحرب ومهما طالت اقامته ، واذا أراد دخول دار الاسلام لا يمنع منها ، بينما يرى أبو حنيفة أن المسلم المقيم في دار الحرب ولم يهاجر الى دار الاسلام غير معصوم بمجرد اسلامه ، لان العصمة عند أبي حنيفة ليست بالاسلام وحده وانما يعصم المسلم عنده بعصمة الدار ومنعة الاسلام المستمدة من قوة المسلمين

---

٣٣٤ — وهو الرأي الراجح عندنا اذ ليس الحربي الا من لم يكن مسلما ولا ذميا ولم يدخل في أمان المسلمين ومن البديهي كون الحربي الباقي في بلاد المسلمين تجتمع فيه الاوصاف الثلاثة .

٣٣٥ — مر علينا قريبا ان غير الكتابي لا يكون ذميا وأن الكتابي انما يكون ذميا اذا التزم بشرائط الذمة وليس مجرد السكنى في بلاد المسلمين سببا لصيرورة الانسان ذميا كما مرت الاشارة الى ذلك قريبا .

٣٣٦ — وهو الرأي الراجح عندنا فان السكنى في دار الحرب لا يخرجه عن الاسلام الموجب للعصمة .

وجماعتهم ، والمسلم في دار الحرب لا منعة له ولا قوة فلا عصمة لـه ، أن يدخل دار الاسلام في أي وقت فاذا دخلها استفاد العصمة (١) .

وكما يعتبر الحربي مباح الدم اذا دخل الاسلام دون اذن . فكذلك يعتبر المسلم والذمي مباحي الدم للحربيين اذا دخلا دار الحرب دون إذن أو أمان ، فاذا دخلا باذن أو أمان سمي كلاهما مستأمنا ، على أن تكون اقامته مؤقتة ، وله أن يرجع الى دار الاسلام في أي وقت شاء ، فاذا رأى المسلم أن يبقى بصفة دائمة في دار الحرب فذلك لا يغير من أمره شيئا مادام باقيا على اسلامه ، فان خرج عن اسلامه صار حربيا ، واذا أراد الذمي أن يقيم إقامة دائمة في دار الحرب انقلب حربيا .

واذا تزوج المسلم أو الذمي حربية أو مستأمنة فانهـا تصبح بالزواج ذمية ـ ٣٣٧ ـ . أما اذا تزوج الحربي المستأمن من ذمية فانها لاتصبح بزواجه حربية ، كما أنه لا يصبح ذميا بزواجها على الرأي الراجح ، وإذا تزوج المستأمن مستأمنة ثم أصبح ذميا أصبحت مثله ذمية (٢) ـ ٣٣٨ ـ .

٢١٣ ـ مدى اقليمية الشريعة :

رأينا فيما سبق أن الشريعة في أصلها عالمية ، وأن الظروف قضت من الناحية العملية بأن تكون اقليمية فلا تطبق الا على دار الاسلام ، وقد بقي أن نعرف مدى هذه الاقليمية . فهل تطبق الشريعة على كل سكان البلاد الاسلامية أم تطبق على بعضهم دون البعض الآخر ؟ واذا طبقت الشريعةعلى

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٢ .
(٢) البحر الرائق ج ٣ ص ١٠٢ .

٣٣٧ ـ اذا التزمت بشرائط الذمة .

٣٣٨ ـ اذا التزمت بشرائط الذمة .

الجرائم التي تقع في دار الاسلام ، فهل تطبق على ما يرتكبه أهل هذه الدار من جرائم أثناء وجودهم في دار الحرب ؟ .

الاصل في الشريعة الاسلامية أنها تسري على كل من يقيمون في دار الاسلام ، مهما تعددت حكوماتها واختلفت نظم الحكم فيها ، فيستوي أن تكون البلاد الاسلامية خاضعة كلها لحكم دولة واحدة ، كما كان الحال في عهد الدولة الاموية أو خاضعة لحكم دول متعددة كما هو الحال اليوم ، وتسري الشريعة على كل السكان سواء كانوا متقدمين أو متأخرين ، يسكنون السهول والوديان أو الصحارى والجبال ولا عبرة باختلاف أديانهم أو لغاتهم أو أجناسهم ، وعلى من يقيمون في دار الاسلام أن يلتزموا أحكام الشريعة لا في دار الاسلام فقط بل وفي خارج دار الاسلام . فالمبدأ الشرعي العام إذن هو سريان الشريعة على الجرائم التي ترتكب في دار الاسلام أيا كان مرتكبها ، وعلى الجرائم التي ترتكب في دار الحرب من مقيم في دار الاسلام وأساس هذا المبدأ العام هو طبيعة الشريعة وظروفها ، فهي شريعة عالمية كما قلنا ، وهي بهذا الوصف واجبة التطبيق على كل جريمة تقع في أي بقعة من بقاع العالم ، ولما كانت الظروف لا تسمح بتطبيق الشريعة الا في بلاد الاسلام ، وعلى المقيمين بها ، فقد اكتفي نزولا على حكم الظروف بتطبيق الشريعة على الجرائم التي تقع في دار الاسلام ، ولو كان مرتكبها لا ينتمي لدار الاسلام ، لأن تطبيق الشريعة ممكن في دار الاسلام على كل من يوجد في هذه الدار ، واكتفي بتطبيق الشريعة على الجرائم التي تقع في دار الحرب من مقيم في دار الاسلام ، لانه من الممكن أن تطبق الشريعة على المقيمين في دار الاسلام وان كان لا يمكن تطبيقها على دار الحرب .

هذا هو المبدأ العام في الشريعة الاسلامية ، ولا خلاف عليه ، ولكن

الفقهاء اختلفوا في تطبيقه تبعا للاعتبارات المختلفة التي نظر إليها كل منهم عند التطبيق ، وقد أدى هذا الخلاف الى وجود ثلاث نظريات مختلفة عن سريان التشريع الجنائي على المكان .

٢١٤ — النظرية الاولى :

وصاحبها أبو حنيفة ويرى أن الشريعة تطبق على الجرائم التي ترتكب في دار الاسلام ، أي مكان داخل في حدود الدولة الاسلامية ، أيا كانت الجريمة ، وسواء كان مرتكبها مسلما أو ذميا ؛ لان المسلم ليس له قانون غير الشريعة ، ولا يجوز له أن يرضى لنفسه قانونا غيرها ؛ ولان الذمي التزم أحكام الاسلام التزاما دائما بقبوله عقد الذمة ألدائم .

أما من يقيم اقامة مؤقتة في دار الاسلام فلا تطبق عليه أحكام الشريعة إذا ارتكب جريمة تمس حقا لله ، أي تمس حقا للجماعة ، وانما يعاقب بمقتضى الشريعة اذا ارتكب جريمة تمس حقا للافراد ، وقد علمنا أن من يقيم إقامة مؤقتة في دار الاسلام يسمى المستأمن .

ويعلل أبو حنيفة اعفاء المستأمن بأنه لم يدخل دار الاسلام للاقامة ، بل لحاجة يقضيها ، كتجارة أو رسالة أو لمجرد المرور ، وليس في الاستئمان ما يلزمه بجميع أحكام الشريعة في الجرائم والمعاملات ، بل هو يلزم فقط بما يتفق مع غرضه من دخول دار الاسلام ؛ وبما يرجع الى تحصيل مقصده وهو حقوق العباد ؛ فعليه أن يلتزم الانصاف وكف الاذى ، ما دمنا قد التزمنا له بتأمينه بانصافه وكف الاذى عنه . ولما كانت جرائم القصاص والقذف مما يتعلق بحقوق العباد ويمسها مساسا شديدا ، فان المستأمن يؤخذ بهاتين الجريمتين كما يؤخذ بغيرهما من الجرائم ، التي تمس حقوق

الافراد كالغصب والتبديد ، أما ما عدا ذلك من الجرائم ألتي تمس حقوق الافراد فلا يسأل عنها — ٣٣٩ — ، ولا تلزمه عقوبتها ، سواء كانت هذه العقوبات خالصة لله تعالى أو يغلب فيها حق الله تعالى كالزنا والسرقة (١).

أما الجرائم التي يرتكبها مسلم أو ذمي خارج دار الاسلام فلا تطبق عليها الشريعة الاسلامية ، سواء وقعت من شخص مقيم في دار الاسلام ثم سافر الى دار الحرب وعاد ، أو وقعت من شخص كان يقيم في دار الحرب ثم أقام بعد ذلك في دار الاسلام ، لان المسألة عند أبي حنيفة ليست مسألة التزام المسلم أو الذمي بأحكام الاسلام . أينما كان مقامه ، وانما هي واجب الامام في اقامة الحد ولا يجب على الامام أن يقيم الحد أو العقوبة إلا وهو قادر على الاقامة ، لان الوجوب مشروط بالقدرة ، ولا قدرة للامام على من يرتكب جريمة في دار الحرب أثناء ارتكابها ، فاذا انعدمت القدرة لم تجب العقوبة (٢) — ٣٤٠ — .

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٥ ، ١٥٦ .
(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٢ ، ١٥٣ .

٣٣٩ — كيف لا يسأل عنها يا ترى وما دل على حرمة هذه الجرائم ولزوم العقوبة عليها شامل باطلاقه له وعلى ولي الامر تنفيذ الحدود على من يقدر عليه والمستأمن بعد دخوله دار الاسلام يكون الحاكم الشرعي قادرا على اقامة الحد عليه فيجب اقامة الحد عليه .

٣٤٠ — القدرة التي هي شرط لوجوب اقامة الحد هي القدرة على اقامة الحد ولو بعد الجريمة لا القدرة على اقامتها حال الجريمة وهذه القدرة متحققة بعد رجوع المجرم الى دار الاسلام فيجب على الحاكم اقامة الحد عليه .

ومعنى ما سبق أن القضاء بالعقوبة يقتضي الولاية — ٣٤١ — على محل الجريمة وقت ارتكاب الجريمة . ولا ولاية للدولة الاسلامية على محل ارتكاب الجريمة • ويترتب على ما سبق أنه لو دخل مكان الجريمة في ولاية الدولة الاسلامية بعد ارتكاب الجريمة فلا تطبق الشريعة على الجريمة — ٣٤٢ — لان الولاية كانت منعدمة وقت وقوع الجريمة •

واذا ارتكب المسلم أو الذمي جريمة في دار الاسلام وهرب منها إلى دار الحرب ، فلا يسقط هربه العقوبة ؛ لان الفعل وقع موجبا للعقوبة وكذلك حال المستأمن فيما يعاقب على ارتكابه من جرائم ، فان عودته لدار الحرب لا تسقط عقوبته ، ولا تمنع — ٣٤٣ — من العقاب على جريمته (١) •

واذا عسكر جنود الدولة الاسلامية في دار الحرب فكل جريمة وقعت في المعسكر تأخذ حكم الجرائم المرتكبة في دار الاسلام ؛ لأن أرض المعسكر في حيازة جند الدولة ، وللدولة سلطان عليها ، فيعتبر المعسكر لهذا دار إسلام • أما الجرائم التي ترتكب خارج المعسكر ، فحكمها حكم الجرائم التي ترتكب في دار الحرب (٢) — ٣٤٤ — •

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣١ .
(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣٢ .

---

٣٤١ — مر علينا قريبا انه لا دليل على ذلك واطلاقات الادلة تنفيه •

٣٤٢ — لازم الرأي الذي ذكرناه قريبا هو لزوم تطبيقها تمسكا باطلاق الادلة كما مر علينا ذلك قريبا •

٣٤٣ — مع قدرة الحاكم على اقامة الحد •

٣٤٤ — بل اللازم اقامة الحدود في ظرف القدرة على اقامتها لاطلاق أدلتها وعدم المقيد لها •

ويرى أبو حنيفة أن الجرائم التي ترتكب من الجنود أثناء الغزو لا تنفذ عقوباتها الا بعد الرجوع لأرض الاسلام ، لقوله عليه السلام : « لا تقطع الأيدي في الغزاة » (١) — ٣٤٥ — .

ويفرق أبو حنيفة — ٣٤٦ — في جرائم القتل بين عدة حالات : فاذا كان القتيل قد أسلم وبقي في دار الحرب ولم يهاجر الى دار الاسلام فلا قصاص ولا دية إذا قتله مسلم أو ذمي من أهل دار الاسلام ، واذا كان القتيل مسلما أو ذميا من أهل دار الاسلام دخل دار الحرب مستأمنا فلا قصاص ، لانعدام الولاية على محل الجريمة ، ولكن يلزم القاتل بالدية . واذا كان القتيل قد دخل دار الحرب مكرها كالاسير فيرى أبو حنيفة أن لا قصاص ولا ديه في قتله؛ لأن الاسر يبطل عصمة الاسير ، ولكن محمدا وأبا يوسف يخالفان في هذا . ويريان أن الأسر لا يبطل عصمة الاسير ، وأن القاتل والمقتول من أهل دار الاسلام ، فاذا لم يمكن القصاص لانعدام الولاية على محل الجريمة وقت وقوعها ، فيلزم القاتل بالدية ضمانا عن القتل . لأن ولاية الضمان ثابتة على المتقاضين وقت التقاضي (٢) .

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٤ .
(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣٣ .

٣٤٥ — الرواية مختصة بحد السرقة ولا تشمل بقية الحدود ولقد استدل الشيخ ابو جعفر الطوسي على عدم تنفيذ جميع العقوبات أثناء الغزو بالاجماع ولما كان الجند الاسلامي المجاهد غالبا في أرض العدو فيمكن ان يستدل على هذا الحكم بالخبر المروي عن الامام جعفر بن محمد (ع) انه قال : « لا تقام الحدود بأرض العدو » ولكن هذا الحديث مختص بالحدود فلا يشمل التعزيرات .

٣٤٦ — لا يمكن الموافقة على هذا التفريق لان المسلم أينما كان في بلاد

ويجيز أبو حنيفة للمسلم والذمي اذا دخلا دار الحرب مستأمنين أن يتعاقدا بربا مع حربي أو مع مسلم لم يهاجر الينا ، لان الربا إتلاف مال للحربي برضاه وهذا لا يتنافى مع عقد الأمان ، لان المسلم الذي لم يهاجر أمواله غير معصومة ولأبي يوسف رأي مخالف في هذه النقطة ــ ٣٤٧ ــ ، فهو يرى أن المسلم والذمي عليهما اذا دخلا دار الحرب أن يلتزما أحكام الاسلام ، فلا يفعلان ما يحرمه ولو كان مباحا في دار الحرب ، وما دام الربا محرما بنصوص الشريعة فهو محرم في دار الاسلام وفي دار الحرب. ويفرق محمد بين المعاملة بالربا مع حربي وبين المعاملة مع مسلم لم يهاجر إلينا ، ويرى أن التعاقد بالربا مع حربي في دار الحرب جائز للسبب الذي يذكره أبو حنيفة. أما التعاقد بالربا مع مسلم لم يهاجر الينا فهو غير جائز[1]. ومن المتفق عليه في مذهب أبي حنيفة أنه لا يجوز للمسلم والذمي أن يتعاقد أحدهما مع الآخر على الربا في دار الحرب ، كما لا يجوز لهما ذلك في دار

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣٢ .

الكفر أو بلاد الاسلام فهو مسلم معصوم الدم يحرم قتله ويقتل قاتله ولا فرق بين بقاء المسلم في دار الحرب أو دخوله اليها مستأمنا أو مكرها أسيرا فان الاسر لا يبطل عصمة الاسير .

٣٤٧ ــ ورأيه هو الراجح لاطلاق الادلة المانعية عن الربا وعدم اختصاصها بحرمة الربا مع المسلم في دار الاسلام وجواز اتلاف مال الحربي وعدم كون مال المسلم غير المهاجر معصوما لا يقتضي جواز الربا معه مع أن ما دل على عصمة اموال المسلم وحرمتها عامة غير مختصة بكونه في دار الاسلام .

الاسلام ، فان تعاقدا في دار الحرب فلا عقاب لانعدام — ٣٤٨ — الولاية على محل الجريمة وقت وقوعها ، ولكن على آخذ الربا الضمان أي رد ما أخذه ولو كان الآخر في دار الحرب ، لان الرد ليس عقوبة وتكفي فيه الولاية على المتقاضين وقت التقاضي .

واذا دخل المسلم أو الذمي دار الحرب مستأمنا فأدان حربيا أو أدانه حربي ثم خرج المسلم أو الذمي الى دار الاسلام ، وخرج الحربي إليها مستأمنا ، فان القاضي لا يقضي لواحد منهما على صاحبه بالدين ، وكذلك لو غصب أحدهما صاحبه شيئا لا يقضي بالغصب ، لأن المداينة في دار الحرب وقعت هدراً لانعدام ولايتنا عليهم — ٣٤٩ — وانعدام ولايتهم في حقنا أيضا — ٣٥٠ — ، وكذلك الغصب ، ولأن المداينة والغصب يصادف كلاهما مالا غير مضمون — ٣٥١ — ، إذ ألاصل أن مال أهل دار الاسلام مباح للحربي ، ومال الحربيين مباح لاهل دار الاسلام ، وانما التزم المسلم أو الذمي بعقد الأمان ان يكف عن أذى الحربيين أثناء اقامته في دارهم . وأن ينصفهم ، كما التزموا هم بعقد الامان أن ينصفوا المسلم أو الذمي المستأمن وأن يكفوا عن إيذائه . فاذا غصب أحد الطرفين الآخر شيئا فقد

---

٣٤٨ — انعدام الولاية حال الجريمة لا يمنع من العقاب عليها لو تحققت الولاية بعد ذلك .

٣٤٩ — انعدام ولايتنا عليهم لا يمنع من القضاء بهما حال تحقق الولاية .

٣٥٠ — لا علاقة لانعدام ولايتهم في حقنا بعدم الحكم بلزوم الغصب والدين حينما تتحقق ولايتنا عليهم .

٣٥١ — كيف يكون مال المسلم مباحا للكافر يا ترى ومجرد استباحتهم له لا يمنع من الحكم عليهم بضمانه .

غصب مالا مباحا له — ٣٥٢ — ، ولكنه حنث بعهده وغدر وآذى من تعهد بالكف عن ايذائه ولم ينصفه والحنث والغدر في ذاته ليس سببا لتحريم المال المباح — ٣٥٣ — أو تحليل المال المحرم •

والحكم كذلك لو كانا حربيين أدان أحدهما الآخر في دار الحرب ثم خرجا الى دار الاسلام مستأمنين فلا يقضي بينهما في الدين ؛ لأنه لا ولاية لنا عليهم وقت الدين ولا وقت التقاضي — ٣٥٤ — . أما اذا خرجا الى دار الاسلام مسلمين . فان القاضي يقضي بينهما لثبوت الولاية عليهما وقت التقاضي (١) •

واذا غصب المسلم أو الذمي مسلما أو ذميا في دار الحرب أو أدانه فلا عقوبة على الغصب ، ولكن يقضي بالدين وبضمان المغصوب . والعلة في امتناع العقاب هي انعدام الولاية على محل الجريمة وقت وقوعها . والعلة في القضاء بالدين والضمان هي قيام الولاية على المتقاضين وقت التقاضي•

ونستطيع أن نستخلص مما سبق أن الجرائم التي تقع في دار الحرب من مسلم أو ذمي على حربي لا يعاقب عليها ، طبقا لرأي أبي حنيفة لانعدام

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣٢ ، ١٣٣ .

٣٥٢ — مال الحربي مباح للمسلم . وأما مال المسلم فلا يكون مباحا للحربي ومجرد اعتقاده كونه مباحا له لا يمنع من ضمانه له واقعا والحكم عليه بالضمان •

٣٥٣ — مر علينا قريبا ان مال المسلم لا يكون مباحا للكافر وان كان في دار الحرب واعتقد الكافر اباحته •

٣٥٤ — تكفي الولاية حال التقاضي التي تصحح الحكم عليهما عند القاضي وامكان الزامهما باطاعة الحكم وهو حاصل بالنسبة الى المستأمنين •

الولاية — ٣٥٥ — على محل الجريمة وقت وقوعها ، ولا تختص المحاكم في دار الاسلام بالنظر فيما يطلبه المجني عليه أو أولياؤه من ضمان مالي عن هذه الجرائم . وكذلك الحكم اذا كان المجني عليه في حكم الحربي كالاسير المسلم أو المسلم الذي لم يهاجر الى دار الاسلام .

أما اذا كان المجني عليه من أهل دار الاسلام فان الجرائم لا يعاقب عليها أيضا لانعدام الولاية — ٣٥٦ — على محل الجريمة ، ولكن المحاكم في دار الاسلام تختص بالنظر فيما يطلبه المجني عليه أو أولياؤه من ضمان مالي عن الجريمة التي وقعت في دار الحرب ، وعلى المحاكم أن تقضي بهذا الضمان ولو كان يعتبر عقوبة من بعض الوجوه ، كالدية فانها تعتبر تعويضا من وجه وعقوبة من وجه آخر ، ومعنى ذلك أن المحاكم ممنوعة من توقيع العقوبات البحتة ، أما العقوبة التي فيها معنى تعويض المجني عليه عما أصابه من الجريمة فلا تمنع منها ؛ لانها تحكم بها باعتبارها ضمانا لا باعتبارها عقوبة .

هذه هي نظرية أبي حنيفة في سريان الشريعة الاسلامية على المكان ، وقد كان لرأيه في عدم سريان الشريعة على المستأمن أثر سيء على البلاد الاسلامية لان رأيه أتخذ أساسا وسندا في منح الامتيازات الاجنبية للمستأمنين ، أي من نسميهم اليوم بالاجانب ، وكلنا يعلم مدى ما قاسته البلاد الاسلامية وما تزال تقاسيه من آثار هذه الامتيازات التي منحت للاجانب وقت ضعفهم وقوة المسلمين ؛ لتشجع الاجانب على دخول دار

---

٣٥٥ — مر علينا قريبا أن انعدام الولاية حال الجريمة لايسنع من الحكم وانزال العقاب مع تحقق العقاب وقت التقاضي .

٣٥٦ — مر آنفا ما فيه وما فيما بعدد من الفروع .

الاسلام ، وتؤمنهم على أنفسهم وأموالهم ، فأصبحت بعد ضعف المسلمين سببا لاستغلال المسلمين ، وتضييع حقوقهم ، واستعلاء الاجانب عليهم .

٢١٥ – النظرية الثانية :

وهي نظرية أبي يوسف من فقهاء المذهب الحنفي ، ويرى أن الشريعة الاسلامية تسري على كل المقيمين في دار الاسلام سواء كانت إقامتهم دائمة كالمسلم والذمي ، أو كانت اقامتهم مؤقتة كالمستأمن ، وحجته في ذلك أن المسلم يلزمه اسلامه بالتزام أحكام الاسلام ، وأن الذمي ملزم بأحكام الاسلام التزاما دائما بمقتضى عقد الذمة الذي يضمن له الأمان ألدائم ، أما المستأمن فيلتزم أحكام الاسلام بمقتضى عقد الأمان المؤقت الذي خوله الاقامة المؤقتة في دار الاسلام ، وبقبوله دخول دار الاسلام ، لانه بطلبه دخول دار الاسلام قد قبل أن يلتزم أحكام الاسلام مدة إقامته ، ولأنه لما منح إذن الاقامة منحه على هذا الشرط ، فصار حكمه حكم الذمي ، ولا فرق بينهما الا أن الذمي أمانه مؤبد والمستأمن أمانه مؤقت ، ولهذا يعاقب المستأمن مهما قصرت مدة اقامته على الجرائم التي يرتكبها في دار ألاسلام ، سواء تعلقت هذه الجرائم بحقوق الجماعة أو بحقوق الأفراد [١] .

وجه الخلاف فيما سبق بين نظرية أبي يوسف ونظرية أبي حنيفة ينحصر في تطبيق الشريعة على المستأمن ، فأبو يوسف يرى تطبيق الشريعة على المستأمن في كل الاحوال – ٣٥٧ – ، وأبو حنيفة لا يطبق الشريعة على المستأمن الا في الجرائم التي تمس حقوق الافراد دون غيرها من الجرائم .

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣٤ .

---

٣٥٧ – وهذا هو الرأي الراجح كما مر علينا قريبا .

ويتفق أبو يوسف، مع أبي حنيفة في أن الشريعة لا تسري على الجرائم التي ترتكب في دار الحرب ولو ارتكبها المقيمون في دار الاسلام ، ولكنه يخالف أبا حنيفة في مسألتين ذكرناهما أثناء عرض نظرية أبي حنيفة ، الاول منهما أن أبا يوسف يرى أن المسلم والذمي لا يجوز لاحدهما في دار الحرب أن يتعاقد بربا مع حربي أو مع مسلم مقيم بدار الحرب لم يهاجر الينا ، ولو كان التعاقد على الربا غير محرم في دار الحرب ، لانه محرم عليه طبقا لاحكام الاسلام وهو ملزم بهذه الاحكام أينما كان ، ولكنه لا يعاقب اذا أخذ ربا في دار الحرب لانعدام الولاية على محل الجريمة وقت وقوعها . والفرق بين رأي أبي حنيفة ورأي أبي يوسف في هذه النقطة أن ابا حنيفة لا يرى الفعل في ذاته محرما بينما يحرمه أبو يوسف — ٣٥٨ — ، والثانية منهما مسألة الاسير المسلم اذا قتله في دار الحرب مسلم أو ذمي، فأبو حنيفة لايرى فيقتله قصاصا ولا دية، لأنه فقد بالاسر عصمته، بينما يرى أبو يوسف أن في قتله الدية ، لان الاسر لا يفقده عصمته ، ولأن القصاص غير ممكن لانعدام الولاية — ٣٥٩ — ، فيلتزم القاتل بالدية ضمانا عن القتل ، لان للمحاكم الاسلامية أن تقضي بالضمان عن الجريمة المرتكبة في دار الحرب ، اذا كان الجاني والمجنى عليه من أهل دار الاسلام ، لان ولاية المحاكم عليهما قائمة وقت المطالبة بالضمان وان انعدمت على محل الجريمة . والفرق بين الرأيين في هذه المسألة هو نفس الفرق في المسألة السابقة .

---

٣٥٨ — والارجح هو القول بالحرمة لعموم أدلة الحرمة وصحة الحكم بعقابه اذا حصلت الولاية عليهما بعد ذلك .

٣٥٩ — ولكن يجب القصاص اذا تحققت الولاية بعد ذلك لعموم أدلته وعدم تقييدها بتحقق الولاية حال الجريمة .

٢١٦ ـ النظرية الثالثة :

وهي نظرية مالك (١) والشافعي (٢) وأحمد (٣) وهم يرون أن الشريعة تطبق على كل جريمة ترتكب في أي مكان داخل حدود دار الاسلام ، سواء كان مرتكب الجريمة مسلما أو ذميا أو مستأمنا ؛ لان المسلم ملزم بطبيعة اسلامه بأحكام الشريعة والذمي ملزم بأحكام الشريعة بعقد الذمة الذي التزم بمقتضاه أحكام الاسلام التزاما دائما في مقابل الامان الدائم والعصمة الدائمة لنفسه ولماله ، والمستأمن ملزم بأحكام الشريعة بطلبه الامان . ودخوله أرض الاسلام بعد اعطائه الامان ، فحكمه حكم الذمي ، ولا يختلف المستأمن عن الذمي الا في أن المستأمن اقامته بدار الاسلام مؤقتة ، والذمي اقامته مؤبدة . واذا هرب المستأمن من دار الاسلام بعد ارتكابه جريمة ما ، فلا تسقط العقوبة بهربه وخروجه من دار الاسلام ، بل تستوفي العقوبة حين القدرة عليه .

كذلك تطبق الشريعة عند هؤلاء الائمة على كل جريمة ارتكبها مسلم أو ذمي في دار الحرب . بخلاف جرائم الحربي المستأمن التي يرتكبها في دار الحرب فانه لا يعاقب عليها في دار الاسلام ؛ لانه لم يلتزم أحكام الاسلام إلا من يوم دخوله دارہ — ٣٦٠ — . أما المسلم والذمي فيستوي في حقهما ارتكاب الفعل المحرم في دار الاسلام أو في دار الحرب ما دام الاسلام يحرمه ، واذا كان اختلاف الدارين لا يؤثر على تحريم الفعل فانه لا يؤثر

(١) مواهب الجليل ج ٣ ص ٣٥٥ ، ١٦٥ — المدونة ج ١٦ ص ٩١ .
(٢) المهذب ج ٢ ص ٣٥٨ .
(٣) المغني ج ١٠ ص ٤٣٣ ، ٥٣٧ — الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٨٣ .

٣٦٠ — وهذا يكفي في عقابه على جرائمه السابقة وان كانت في دار الحرب .

بالتالي على العقوبة المقررة جزاء على اتيان الفعل المحرم .

ويعاقب المسلم والذمي على الجرائم التي يرتكبها أحدهما في دار الحرب ولو كان الفعل مباحا في دار الحرب كالربا ، ما دامت الشريعة الاسلامية تحرم على أحدهما هذا الفعل .

أما اذا كان الفعل محرما في دار الحرب ولكن الشريعة الاسلامية تبيحه فلا عقاب على من ارتكبه في دار الحرب .

واذا ارتكب الذمي جريمة في دار الحرب وكان قد ترك دار الاسلام بقصد عدم العودة اليها ، فلا يعاقب عليها اذا عاد الى دار الاسلام . لانه يصبح حربيا بتركه دار الاسلام — ٣٦١ — . وتزول صفته كذمي. فلا يعود ملتزما بأحكام الاسلام واذا عاد الى دار الاسلام فانه يعود باعتباره حربيا مستأمنا ذميا .

واذا ارتد المسلم وترك دار الاسلام . وارتكب جريمة بعد ذلك في دار الحرب فلا يعاقب عليها في دار الاسلام ولو عاد مسلما . لانه أصبح بردته وترك دار الاسلام حربيا . فلم يكن ملتزما وقت الجريمة بأحكام الاسلام — ٣٦٢ — .

---

٣٦١ — صيرورته حربيا لا يمنع من معاقبته بعد القدرة عليه كما مر علينا ذلك قريبا وعدم التزامه بأحكام الاسلام لا يمنع من تطبيق أحكامه عليه مع الامكان .

٣٦٢ — مر علينا قريبا ان عدم التزامه بأحكام الاسلام لا يمنع من معاقبته على الجريمة الا أن يتمسك القائل بعدم العقاب بالحديث المشهور « الاسلام يجب ما قبله » ولكن يرد على الاستدلال بالحديث المذكور أن ظاهر الحديث اختصاصه بالاسلام الابتدائي ولا يشمل

ويعتبر هؤلاء الفقهاء المعسكر الاسلامي أرضا اسلامية ولو كان في دار الحرب ، ولكن يستوي عندهم أن ترتكب الجرائم في المعسكر أو في خارجه ؛ لان الجرائم التي ترتكب في دار الاسلام أو في دار الحرب معاقب عليها عندهم على الوجه الذي سبق بيانه .

ويرى مالك والشافعي أن لا يؤخر العقاب على الجرائم التي يرتكبها الجنود الى حين عودتهم الى دار الاسلام ، بل تنفذ العقوبات كلما استحقت الا اذا لم يكن لامير الجيش حق توقيع العقوبة . والا اذا كان بالمسلمين حاجة الى الجاني ، أو كان لهم به قوة . وهذا الاستثناء الاخير للشافعي خاصة .

ويرى أحمد تأخير تنفيذ العقوبة حتى يعود الجند الى دار الاسلام . أو حتى يعود الجاني وحده ، وهذا الرأي يتفق مع رأي أبي حنيفة وقد سبق أن بسطناه — ٣٦٣ — .

الاسلام المسبوق بالارتداد لان ظاهر ما قبله أن ما وقع منه لم يكن مسبوقا بالاسلام بل هو ملحوق به وما يصدر من المرتد الذي يعود الى الاسلام انما صدر منه بعد اسلامه السابق وقبل اسلامه اللاحق فلا يكون مشمولا للحديث المبارك هذا مضافا الى ضعف سند الحديث المذكور وعدم حجيته وانما اعتمدنا عليه في الاسلام الابتدائي لاعتضاده بالسيرة القطعية اذ لم يعهد في عهد النبوة الزاهر ولا فيما بعد من العهود الاسلامية أن عوقب الكافر بعد اسلامه على ما صدر منه من الجرائم حال كفره ولم تثبت السيرة بالنسبة الى من أسلم بعد الارتداد .

٣٦٣ — وقد سبق أن ذكرنا أن ذلك هو الرأي الراجح عند فقهاء المذهب الجعفري ويمكن الاستدلال على تأخير خصوص الحدود بما روي

واذا كانت القاعدة عند الأئمة الثلاثة هي عقاب المسلم والذمي على الجرائم التي يرتكبانها في دار الحرب ، فان هذه القاعدة تنطبق على جرائم الحدود ، وجرائم القصاص والدية ، وجرائم التعازير التي نصت عليها الشريعة ، وكذلك جرائم التعازير التي ينص عليها أولو الامر ، ولكن القاعدة لا تنطبق على كل هذه الجرائم بدرجة واحدة ، لاختلاف طبيعة كل نوع عن الآخر ، فجرائم الحدود والقصاص التي ترتكب في دار الحرب يجب العقاب عليها ، وليس لولي الامر حق العفو عن العقوبة أو الجريمة ، وجرائم التعازير التي نصت عليها الشريعة يجب العقاب عليها ، ولكن لولي الامر أن يعفو عن الجريمة بعد وقوعها ، وأن يعفو عن العقوبة كلها أو بعضها بعد الحكم بها أما جرائم التعازير التي ينشئها ولي الامر فيجوز أن يعاقب عليها اذا رأى ذلك ولي الأمر ، ويجوز أن لا يعاقب عليها ، لان ولي الامر هو الذي حرم الافعال المكونة لهذه الجرائم ، ويجوز له أن يبيحها وأن لا يعاقب عليها اذا وقعت في دار الحرب ، ومعنى هذا أن العقاب على الجرائم ألتي ترتكب في دار الحرب ليس واجبا في كل الجرائم •

هذا هو مقتضى نظرية الأئمة الثلاث ، أما نظريتا أبي حنيفة وأبي يوسف فمقتضاهما أن لا عقاب على أية جريمة — ٣٦٤ — ترتكب في دار الحرب مهما كان نوعها ، لأن العقاب أساسه الولاية على محل الجريمة وقت ارتكابها

عن الامام جعفر بن محمد الصادق (ع) انه قال : « لا نقام الحدود بأرض العدو » •

٣٦٤ — مر علينا قريبا أن الرأي الراجح عند فقهاء المذهب الجعفري هو لزوم العقاب على أية جريمة ترتكب وان كان اللازم تأخيره اذا وقعت الجريمة في دار الحرب الى رجوع المسلم الى دار الاسلام •

والولاية منعدمة في كل الاحوال .

٢١٧ ـ بين الشريعة والقانون :

هذه هي النظريات الاسلامية الثلاث وهي تكاد تكون نفس النظريات التي عرفتها القوانين الوضعية حتى اليوم . فقد عرفت القوانين الوضعية ثلاث نظريات مماثلة : أولاها تقضي بتطبيق القانون على رعايا الدولة دون غيرهم في الداخل والخارج ، وقد كانت هذه النظرية سائدة في القرون الوسطى ، وهي تماثل نظرية أبي حنيفة فيما يختص بتطبيق القانون في اقليم الدولة على رعاياها فقط دون الاجانب . ولكنها تخالف نظرية أبي حنيفة ـ ٣٦٥ ـ في أن القانون يتبع الرعايا في الخارج الامر الذي لا يراه أبو حنيفة ، والثانية تقضي بتطبيق القانون على جميع المقيمين في أرض الدولة من وطنيين وأجانب على ما يقع منهم داخل أرض الدولة فقط من الجرائم . أما ما يقع منهم في الخارج فلا عقاب عليه ، وقد ظلت هذه النظرية سائدة حتى القرن التاسع عشر وهي نفس نظرية أبي يوسف .

والثالثة ـ تقضي بتطبيق القوانين على كل المقيمين بأرض الدولة من وطنيين وأجانب اذا ارتكبوا أية جريمة داخل حدود الدولة كما تقضي بتطبيق القوانين على بعض الجرائم التي ترتكب خارج أرض الدولة ، وهذه النظرية هي السائدة اليوم في القوانين الوضعية ، وهي النظرية التي أخذ بها قانون العقوبات المصري ، ولا فرق بين هذه النظرية ونظرية مالك والشافعي وأحمد

---

٣٦٥ ـ ولكنها موافقة من هذه الناحية لنظرية فقهاء المذهب الجعفري كما مر علينا ذلك قريبا .

الا ان نظرية الفقهاء الاسلاميين — ٣٦٦ — تجعل العقاب واجبا في بعض الجرائم التي تقع في الخارج ولا خيار لولي الامر فيه ، وتترك لولي الامر أن يعاقب على البعض الآخر إن رأى مصلحة في ذلك أما النظرية القانونيه فتترك للهيئة التشريعية أن تعاقب على ما ترى مصلحة في العقاب عليه من الجرائم التي تقع في الخارج ، وهذا الفرق ليس له أثر كبير من الوجهة العملية ، لان الجرائم التي يجب فيها العقاب طبقا للنظرية الاسلامية هي من أخطر الجرائم وأهمها ، ومصلحة الدولة تقضي العقاب عليها .

٢١٨ — كيف يمكن تطبيق النظريات الاسلامية مع تعدد دول الاسلام ؟

ويلاحظ على النظريات الاسلامية أنها تقسم العالم قسمين : دار اسلام ودار حرب ، وقد يظن البعض أن هذا يقتضي ان تكون البلاد الاسلامية كلها تحت حكم دولة واحدة ، والبلاد الاجنبية كلها تحت حكم دولة واحدة وهو ظن لا أساس له من الواقع ، فالنظريات الاسلامية لم توضع على أساس أن تكون البلاد الاسلامية محكومة بحكومة واحدة ، وانما وضعت على أساس ما يقتضيه الاسلام والاسلام يقتضي أن يكون المسلمون في كل بقاع الارض يدا واحدة ، يتجهون اتجاها واحدا وتسوسهم سياسة واحدة ، وأبسط الصور وأكفلها بتحقيق هذه الغاية أن تكون كل بلاد الاسلام تحت حكم دولة واحدة ، ولكن ليست هذه هي الصورة الوحيدة التي تحقق أهداف الاسلام ، لأن هذه الاهداف يمكن أن تتحقق مع قيام دول متعددة — ٣٦٧ —

---

٣٦٦ — ومنهم فقهاء المذهب الجعفري .

٣٦٧ — بشرط أن تكون جميعها خاضعة لامر الامام (ع) وارادته في ظرف وجوده وترأسه للدولة الاسلامية وأما في ظرف عدم وجوده وغيبته

في دار الاسلام ما دامت هذه الدول تتجه اتجاها واحدا ، وتسير على سياسة واحدة ، والاسلام لا يتنافى مع نظام كنظام الولايات المتحدة الامريكية ولا مع نظام كنظام الولايات السوفيتية القائم في روسيا ، ولا مع نظام كنظام الدمنيون الانكليزي ، ولا يتنافى مع النظام القائم الآن في البلاد العربية بعد قيام الجامعة العربية التي تعمل على توحيد الاتجاهات والسياسات في الدول العربية المختلفة ، ولا يتنافى مع قيام جامعة اسلامية تتكون من كل الدول الاسلامية ، وتشرف عليها وتعمل على توحيد أغراضها واتجاهاتها ، وعلى حل ما يثور فيها من نزاع داخلي ، ولا يتنافى الاسلام مع أي نظام آخر ما دام هذا النظام يحقق الاهداف الاسلامية ، وأن هذه الاهداف هي أن يكون المسلمون يدا واحدة على من عداهم ، وأن يكون اتجاههم واحدا وسياستهم واحدة — ٣٦٨ — .

وليس أدل على صحة ما نقول من أن النظريات الاسلامية وضعت في عهد العباسيين بعد أن انقسمت الدولة الاسلامية الأولى الى ثلاث دول : دولة العباسيين في المشرق ، ودولة العلويين في المغرب ، ودولة الامويين في الاندلس ، وقد ظلت هذه النظريات تطبق بعد أن أصبح في كل قطر اسلامي دولة اسلامية .

وتعتبر النظريات الاسلامية كل البلاد الاجنبية دار حرب واحدة مع اختلاف الدول التي تحكمها ، فقد كان المسلمون يحاربون الترك والروس والهنود والاسبان والفرنسيين والرومان ، وكانو يعتبرون بلاد كل هولاء

فلا محل للشرط المذكور .

٣٦٨ — والجميع يجب عليهم اطاعة الامام المعصوم حال ترأسه للدولة الإسلامية .

وغيرهم دار حرب •

فالمقصود اذن من تقسيم العالم الى دار اسلام ودار حرب ليس جعل العالم تحت حكم دولتين أو وحدتين سياسيتين ، وانما هو تقسيم العالم الى قسمين : أحدهما : دار أمن وسلام للمسلمين ، والثاني : دار خوف وعداء للمسلمين ، وبيان الاحكام التي تسري على المقيمين في كل دار ، وقد أعتبرت البلاد الاسلامية على اختلاف حكوماتها دارا واحدة ، لانها محكومة بقانون واحد هو الشريعة الاسلامية . فهي من هذه الوجهة وحدة قانونية لا تختلف فيها الاحكام باختلاف الاجناس واعتبرت البلاد غير الإسلامية داراً واحدة ، لان الاحكام التي تسري عليها طبقا للشريعة الاسلامية أحكام واحدة لا تختلف باختلاف الأجناس وهذا هو الأساس الصحيح لتقسيم العالم الى دار حرب ودار اسلام •

وعلى هذا فتعدد الدول الاسلامية لن يمنع اليوم من تطبيق النظريات الاسلامية كما لم يمنع من تطبيقها قديما ، فقد طبقها الاندلسيون في الأندلس والمغاربة في المغرب ، والعلويون في مصر . والعباسيون في بغداد ، ونستطيع اليوم أن نطبقها في مصر وفي لبنان وفي سوريا والعراق والحجاز والباكستان وفي المغرب ، وفي كل بلد اسلامي له حكومة تحكمه وحدود تحده •

ومن السهل تطبيق النظريات الاسلامية اليوم ، ولكن تطبيقها يقتضي من كل دولة اسلامية أن تعتبر نفسها ممثلة للاسلام في جميع بقاع العالم لا في داخل حدودها فقط ، فمثلا اذا أردنا أن نطبق نظرية أبي حنيفة في مصر فاننا نعاقب أولا كل من يرتكب جريمة داخل حدود البلاد المصرية مسلما كان الجاني أو ذميا مصريا أو شاميا أو عراقيا أو فلسطينيا أو فارسيا وهكذا. لان كل فرد من رعايا أية دولة اسلامية لا يعتبر أجنبيا بالنسبة لاية دولة

اسلامية أخرى . ولأن بلاد الاسلام كلها دار واحدة تحكمها شريعة واحدة ، ونعاقب ثانيا كل هؤلاء على أية جريمة يرتكبونها في أي بلد اسلامي آخر ، سواء كانوا يقيمون في مصر اقامة دائمة أو اقامة مؤقتة ، بشرط أن لايكونوا قد عوقبوا على هذه الجريمة في محل ارتكابها . أو في أي بلد اسلامي آخر ، فاذا كانوا قد عوقبوا على الجريمة في أي بلد اسلامي آخر بغير العقوبة التي توجبها الشريعة ، وجب أن يعاقبوا مره ثانية بالعقوبة المقرره في الشريعة . لان بلاد الاسلام كلها دار واحدة مهما اختلفت حكوماتها ، ولان الاسلام يوجب على كل دولة اسلامية أن تقيم أحكامه وأن تبادر الى تغيير المنكر والنهي عنه ، ومن تغيير المنكر أن تبادر الدولة بتوقيع العقوبة التي توجبها الشريعة على من استحقها .

وما سبق يصدق على جرائم الحدود . وجرائم القصاص والديه . وجرائم التعازير التي نصت عليها الشريعة مع ملاحظة أن لولي الامر في جرائم التعازير حق العفو — ٣٦٩ — عن الجريمة والعفو عن العقوبة ، وليس له ذلك في جرائم الحدود ، ولا في جرائم القصاص والدية ، أما جرائم التعازير التي يحرمها أولو الامر فلا يصدق عليها ما قلنا ، ولا يعاقب عليها الا إذا كان الفعل محرما في محل وقوعه ، ومحل المحاكمة عليه ، فاذا كان الفعل مباحا في محل وقوعه امتنع العقاب عليه في أية دولة أخرى ، واذا كان محرما في محل وقوعه فقط امتنع العقاب عليه في أي محل آخر .

وأساس التفرقة بين جرائم الحدود وجرائم القصاص من جهة . وبين جرائم التعازير من جهة أخرى أن اقامة العقوبات في جرائم الحدود واجبه

---

٣٦٩ — ليس له حق ذلك اذا كان الشارع قد حكم بكونها جريمة وانما له حق العفو عن العقاب في غير الجريمة التي أمر الشارع بالمعاقبة عليها .

على كل مسلم ، ولا يصح تأخيرها ، ولا يجوز العفو عنها ، وأن عقوبات جرائم القصاص واجبة ما لم يعف عنها المجني عليه أو ولي دمه ، فاذا لم تقم حكومة اسلامية عقوبات الحدود والقصاص وجبت اقامتها على الحكومات الاخرى ، وان لم تقمها الحكومات وجبت على الافراد ، أما عقوبات التعازير فيجوز ايقاف تنفيذها والعفو عنها .

وأساس التفرقة بين جرائم التعازير التي نصت عليها الشريعة ، وجرائم التعازير التي حرمها أولو الامر ، أن الافعال المكونة للنوع الاول لا يجوز اباحتها وان جاز العفو عن الجريمة وعقوبتها ، أما الافعال المكونة للنوع الثاني فيجوز اباحتها بعد تحريمها فضلا عن جواز العفو عن الجريمة وعقوبتها .

واذا أردنا أن نطبق نظرية أبي يوسف ، فانا نعاقب فوق ما تقدم كل مستأمن ارتكب جريمة في أي بلد اسلامي اذا لم يعاقب عليها في محل ارتكابها أو عوقب عليها بغير العقوبة المقررة شرعا ، لانه بدخوله هذا البلد الاسلامي التزم بأحكام الاسلام ، وتلك الاحكام تلزم كل دولة اسلامية أن تطبقها ، وعلى هذا تكون كل دولة اسلامية قادرة على أن تعاقب طبقا للشريعة كل مسلم أو ذمي أو مستأمن ارتكب جريمة في دار الاسلام سواء كان محل الجريمة واقعا في حدود الدولة التي توقع العقوبة أو في حدود دولة اسلامية أخرى .

واذا أردنا أن نطبق نظرية مالك والشافعي وأحمد فانا نعاقب على الحالات الثلاث السابقة ، ونعاقب فوق ذلك كل مسلم أو ذمي من رعايا مصر أو من رعايا أية دولة اسلامية على ما يرتكبه في دار الحرب من جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية وجرائم التعازير التي نصت عليها الشريعة ، ولكل دولة اسلامية أخرى مثل هذا الحق على رعايا الدول الاسلامية الباقية ، لأن من واجب كل حكومة اسلامية أن تقيم الحدود ولا تؤخرها ، فاذا تركتها حكومة

وجبت على أي حكومة أخرى — ٣٧٠ — تستطيعها . أما اذا كانت الجرائم الواقعة في الخارج تعازير مما حرمها الشارع ، فيعاقب عليها في كل دولة تحرمها رعايا هذه الدولة ورعايا الدول الاسلامية الاخرى اذا كانت قوانين تلك الدول تعاقب عليها ، فان لم تكن تعاقب عليها فلا يصح أن يعاقب عليها رعاياها في أية دولة اسلامية أخرى ولو كانت هذه الدولة تحرمها ، لان عدم العقاب عليها في الدولة التي يتبعها الجاني يعتبر اباحة لها — ٣٧١ — . واذا لجأ الجاني بعد ارتكاب الجريمة التي تحرمها دولته الى دولة اسلامية أخرى لا تحرمها فلا يصح أن يحاكم الجاني على الجريمة في الدولة التي لجأ اليها لأن الفعل مباح طبقا لقوانينها . وانما يصح أن يسلم الجاني لدولته لتعاقبه اذا طلبت ذلك .

وليس من الضروري للعقاب على الافعال التي تقع في دار الحرب أن تكون معتبرة جرائم في دار الحرب ، لان العقاب يجب طبقا للشريعة التي يلتزم المسلم والذمي بأحكامها أينما كان أحدهم فيستوي اذن أن يكون الفعل مباحا في دار الحرب أو محرما .

٢١٩ — نتيجة تطبيق النظريات الاسلامية :

ويتبين مما سبق أن كل جريمة يرتكبها رعايا الدولة الاسلامية في الداخل أو في الخارج يعاقبون عليها بالعقوبة — ٣٧٢ — المقررة لها في الشريعة

---

٣٧٠ — وهذا هو القول الراجح كما مر عليك ذلك قريبا .

٣٧١ — لا يصح اباحة ما حرمه الله وأوجبه ، نعم يصح ما ذكره المؤلف فيما حرم لنهي رئيس الدولة عنه .

٣٧٢ — وان لم يكونوا حال الجريمة من رعايا الدولة الاسلامية .

الاسلامية ، وأن ترك الجاني بلده وهربه منها الى بلد اسلامي آخر لا ينجيه من المحاكمة وتوقيع نفس العقوبة عليه . والسبب الوحيد في الوصول الى هذه النتيجة هو خضوع البلاد الاسلامية جميعا لتشريع واحد هو الشريعة الاسلامية ، واعتبار البلاد الاسلامية دارا واحدة على اختلاف أقطارها . واعتبار كل حكومة من حكوماتها ممثلة الحكومات الاخرى في اقامة الحدود وتطبيق نصوص الشريعة .

هذه هي النتيجة التي يؤدي اليها تطبيق النظريات الاسلامية ، وانها لهي عين الحلم الجميل الذي يحلم به علماء القانون الوضعي حين يتمنون أن يكون القانون الجنائي موحدا في كل الدول ، وأن تعتبر كل دولة ممثلة لجميع الدول الاخرى في اقامة حق العقاب ، بحيث لا يستطيع المجرم أن يفلت من العقاب اذا ارتكب جريمة في دولة وهرب لأخرى ، وبحيث يعاقب على جريمته في أي مكان يوجد به بنفس بالعقوبة المقررة لجريمته في محل ارتكابها .

هذا هو الحلم الجميل الذي تحلم به المجامع الدولية للقانون الجنائي وترى فيه خير نظام يقضي على الاجرام ، وهذا الحلم الجميل هو الحقيقة ألتي جاءت بها الشريعة الاسلامية من ثلاثة عشر قرنا ، وهو النظرية التي طبقتها الشريعة من يوم نزولها أو من يوم انتشار المسلمين في أصقاع العالم ، ويكفي الشريعة فخرا أنها سبقت بمثلها العليا وأنظمتها المثلى ، وأن القوانين الوضعية بأنظمتها المبتكرة وأحلامها الجميلة انما تسير على هدى الشريعة ، وتتبع أثرها وتعمل على منوالها ، وقل مع ذلك أن تلحق بها .

٢٢٠ ــ ما يدخل في دار الاسلام :

يعتبر دارا للاسلام كل البلاد التي فيها سلطان للمسلمين سواء كان المسلمون فيها أغلبية أو أقلية . وكل البلاد التي دخلت في ذمة المسلمين والتزم أهلها أحكام الاسلام ولو لم يكن فيها مسلمون ، وكل الاماكن التي يسكنها مسلمون يستطيعون أن يظهروا أحكام الاسلام ولا يمنعهم من ذلك مانع .

ويدخل في دار الاسلام كل ما يتبعها من جبال وصحارى وأنهار وبحيرات وأرض وجزر وما فوق هذه جميعا من طبقات الجو مهما ارتفعت .

ويعتبر في حكم دار الاسلام كل مكان في دار الحرب يعسكر فيه الجيش الاسلامي ، وتعتبر المراكب الحربية قياسا على هذا جزءا من دار الاسلام .

والاصل في الشريعة أن البحار العامة ليست ملكا لأحد ، وهذا يتفق مع القانون الدولي في عصرنا الحاضر ، وليس في الشريعة ما يمنع من جعل البحار الاقليمية تابعة للدولة التي تملك الشاطيء الى حد معين .

ولم يذكر الفقهاء شيئا عن السفن غير الحربية ، ولكن تطبيق النظرية العامة عند أبي حنيفة وأصحابه يؤدي الى عدم العقاب على الجرائم التي ترتكب فيها اذا كانت في مياه اقليمية تابعة لدار الحرب ، أما اذا كانت في مياه تابعة لدار الاسلام أو غير تابعة لأحد ، كما لو كانت في وسط البحر . فتطبق الشريعة الاسلامية على الجرائم التي ترتكب فيها . أما تطبيق نظرية مالك والشافعي وأحمد فيؤدي الى العقاب على الجرائم التي ترتكب في السفن التجارية سواء كانت في مياه تابعة لدار الاسلام أو دار الحرب ــ ٣٧٣ ــ

---

٣٧٣ ــ وهذا هو القول الراجح كما مر علينا سابقا من لزوم عقاب المجرم أينما وقعت الجريمة .

أو في مياه عامة مع مراعاة التفرقة التي ذكرناها من قبل بين جرائم الحدود والقصاص ، وبين جرائم التعازير . والتفرقة بين جرائم التعازير التي نصت عليها الشريعة ، وبين جرائم التعازير التي حرمها أولو الأمر .

وتطبق القواعد السالفة على الطائرات ، فالطائرات الحربية يعاقب على كل الجرائم التي ترتكب فيها ، لانها تأخذ حكم المعسكر والسفن الحربية . أما الطائرات التجارية فتأخذ حكم السفن التجارية .

٢٢١ ـ الشريعة والقانون :

والقوانين الوضعية لا يختلف حكمها شيئا عن الشريعة في هذا كله ، فهي تعتبر الفضاء الذي يعلو أرض الدولة تابعا لها ، وتجعل المياه الاقليمية المجاورة للشاطيء تحت سيادة الدولة التي تملك الشاطيء ، وتجعل السفن الحربية خاضعة لقضاء الدولة التي تتبعها ، أما السفن التجارية فيطبق عليها قانون الدولة التي تتبعها طالما كانت في المياه التابعة لهذه الدولة أو في عرض البحر . فاذا كانت في مياه دولة أخرى فقد اختلفت الدولة في حكم هذه الحالة فالبعض يطبق قانون الدولة صاحبة المياه لا قانون الدولة التي تتبعها السفينة وهذا هو المتبع في انجلترا وهو تطبيق لنظرية أبي حنيفة وأبي يوسف ، وكثير من الدول يعتبر السفينة خاضعة لقانون الدولة التي تتبعها . وهذا تطبيق لنظرية الأئمة الثلاثة . وفي فرنسا يرون تطبيق قانون الدولة صاحبة المياه الاقليمية في حالات دون أخرى ، فهم يمزجون بين النظريتين السابقتين .

٢٢٢ ـ تسليم المجرمين وابعادهم :

ذكرنا أن الدول الاسلامية تعتبر كل منها ممثلة في تطبيق الشريعة الاسلامية ، فاذا جنى عراقي مثلا جناية في العراق أمكن محاكمته عنها في

مصر ، لكن قد يحدث أن يجني المسلم أو الذمي أو المستأمن جناية في بلد اسلامي ثم يهرب الى بلد اسلامي آخر . أو يهرب الى دار الحرب ، فتطلبه الدولة التي وقعت في أرضها الجريمة لمحاكمته ، فهل يمكن تسليمه اليها لمحاكمته أمام محاكمها ؟ وقد يشتهر الجاني بارتكاب الجرائم والاخلال بالامن . فهل يمكن أن تبعد الدولة من أرضها من اتصف بهذه الصفات ؟ هذان موضوعان سنتكلم عنهما فيما يلي واحداً بعد الآخر .

٢٢٣ ـ أولا ـ تسليم المجرمين :

من الممكن أن يقال : ان محاكمة الجاني على جريمته في محل وقوعها أفضل من محاكمته عليها في غير هذا المحل ، وأدعى الى ضمان تحقيق العدالة والزجر عن الاجرام ، لان المحل الذي وقعت فيه الجريمة يتيسر فيه اقامة الادلة ومناقشتها ، لوجود الشهود به . وامكان مشاهدة آثار الجريمة ، والاحاطة بكل ظروفها ، كما أن عقاب المجرم على جريمته في محل ارتكابها يحفظ للعقوبة قيمتها كاملة ، فالعقوبة مقصود منها التأديب والزجر . تأديب المجرم وزجر غيره ممن شهدوا الجريمة أو علموا بها ، والعقوبة التي تقام في غير محل الجريمة اذا أدت لتأديب المجرم فانها لا تؤدي وظيفتها كاملة من حيث الزجر . وعلى هذا يحسن أن يسلم الجاني الى الدولة صاحبة السلطان على محل الجريمة لمحاكمته وان لم يكن ثمة ضرر كبير من محاكمة الجاني في الدولة التي هرب اليها ـ ٣٧٤ ـ طالما كان تشريعها هو نفس تشريع الدولة التي تطلب التسليم .

---

٣٧٤ ـ مع امكان الاستماع الى الشهود والاحاطة بظروف الجريمة ومع تمكنه من الدفاع عن نفسه والا فلا يصح ذلك .

ولكن من الممكن أن يقال أيضا : ان في تسليم الجاني الذي ينتمي الى دولة معينة الى دولة أخرى لمحاكمته على جريمة ارتكبها في أرض الدولة الاخيرة يعرض الجاني لعدم التمكن من الدفاع عن نفسه بين قوم لا يعرفهم ولا يتصل بهم بصلة الجنس أو اللغة ، وقد يؤدي التسليم لظلمه والاضرار به .

هذان رأيان يخطر كلاهما بالذهن اذا فكرنا في تسليم المجرمين ، ولكل منهما وجاهته ومحاسنه وعيوبه . وقد راعت الشريعة الاسلامية كل هذه الاعتبارات حين اختطت خطة وسطا بين هذين الرأيين تضمن بها تحقيق العدالة بقدر الامكان . وتمنع الظلم عن رعايا الدولة الاسلامية بقدر المستطاع ، وأساس هذا الرأي الوسط التفرقة بين التسليم لدولة اسلامية والتسليم لدولة غير اسلامية .

٢٢٤ – التسليم لدولة اسلامية :

ليس في الشريعة ما يمنع من أن تسليم أية دولة اسلامية لاية دولة اسلامية أخرى أي مسلم أو ذمي أو مستأمن ارتكب في أرض احدى الدولتين جريمة ما ، والتجأ الى أرض الاخرى مالم تكن هذه الدولة الاخرى قد حاكمته فعلا على هذه الجريمة طبقا لنصوص الشريعة فان لها أن تمتنع عن تسليمه . لانه لا يجوز طبقا الشريعة أن يعاقب على الفعل الواحد مرتين . فان كانت المحاكمة التي تمت على غير أساس الشريعة فليس للدولة أن تمتنع عن التسليم اذا كانت الدولة طالبة التسليم تنوي أن تحاكم الجاني طبقا لنصوص الشريعة . ولا عبرة بالعقوبة التي وقعت على الجاني على خلاف نصوص الشريعة . ولا قيمة للمحاكمة التي انتهت بهذه العقوبة . لانها

محاكمة باطلة لقيامها على نصوص باطلة لا تعترف بها الشريعة • وللدولة المطلوب منها التسليم أن تمتنع عن التسليم اذا كانت تنوي أن تحاكم الجاني وتطبق عليه نصوص الشريعة ، وكانت الدولة طالبة التسليم لاتطبق نصوص الشريعة ، أي لا تنوي تطبيقها ، وهذا طبعا لا يكون الا في الجرائم ذات العقوبات المقدرة أي في جرائم الحدود والقصاص •

وعلة جواز التسليم ومنع التسليم واحدة ، وهي أن كل بلد اسلامي يعتبر جزءا من دار الاسلام وأن كل الدول الاسلامية تعتبر ممثلة للاسلام ، وعلى كل منها أن تقيم حدوده ، وتنفذ أحكامه ، ففي حالة التسليم لايسلم الجاني الى دولة غريبة عنه ، ولا يحاكم بشريعة يجهلها ، ولا يعرضه التسليم لظلم أو ضرر ، والتسليم لا يقصد منه الا ضمان تحقيق العدالة والزجر عن الاجرام ، وفي حالة الامتناع عن التسليم لدولة اسلامية لايكون الامتناع الا لإقامة نصوص الشريعة ولتحقيق العدالة والزجر عن الاجرام •

٢٢٥ – التسليم لدولة غير اسلامية :

لا تجيز الشريعة الاسلامية لدولة اسلامية أن تسلم رعاياها مسلمين أو ذميين ليحاكموا في دار الحرب عن جرائم ارتكبوها في تلك الدار ، ولا يجوز لدولة اسلامية أن تسلم أيضا رعايا أية دولة اسلامية أخرى لدولة غير اسلامية ، لان هؤلاء في حكم رعاياها من الوجهة الشرعية •

ولا تجيز الشريعة لدولة اسلامية ان تسلم مسلما منتميا لدولة محاربة اذا هاجر لدار الاسلام من دار الحرب ، ولو طلبته الدولة ألتي كان يقيم بأرضها ، ما لم يكن هناك اتفاق سابق على التسليم ، فان كان هناك اتفاق سابق وجب الوفاء بشروطه الا الباطل منها • ويعتبر الاتفاق على التسليم

باطلا اذا كان له أثر رجعي أي اذا أريد به تسليم المسلمين اللاجئين لدار الاسلام قبل الاتفاق ، ويعتبر باطلا كل شرط يقضي بتسليم النساء المسلمات اللاجئات الى دار الاسلام سواء لجأن لدار الاسلام قبل الاتفاق أو بعده. فالمرأة المسلمة لا يجوز تسليمها بأية حال لدولة غير اسلامية ، ولو كانت من رعاياها أصلا ، ولو كان لها زوج وأولاد وأهل يطلبونها في دار الحرب لقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهن الله أعلم بايمانهن ، فان علمتموهن مؤمنات فلا ترجعوهن الى الكفار ، لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن » [الممتحنة : ١٠] .

وقد اختلف في صحة شرط تسليم الرجال المسلمين بعد الاتفاق ، فيرى أحمد وبعض الفقهاء في مذهب مالك أنه صحيح ويجب الوفاء به [١] ويرى أبو حنيفة وبعض الفقهاء في مذهب مالك أن شرط التسليم باطل ، حيث لا يجيزون تسليط غير المسلم على المسلم بأي حال [٢] ، ويفرق الشافعية — ٣٧٥ — بين من له عشيرة تحميه ، في دار الحرب ، من ليس له عشيرة تحميه ، ويجيزون تسليم الاول دون الثاني وأساس منع التسليم عندهم هو خشية الفتنة [٣] .

ويلاحظ أن من أسلم من أهل دار أهل الحرب ولجأ الى دار الاسلام يعتبر بدخوله دار الاسلام من أهل هذه الدار ، ورعية للدولة الاسلامية التي دخل أرضها ، ومن ثم فالدولة حين تمتنع عن تسليمه انما تمتنع عن تسليم

(١) المغني ج ١٠ ص ٥٢٤ — مواهب الجليل ج ٣ ص ٣٨٦ .

(٢) فتح القدير ج ٤ ص ٢٩٦ — روح المعاني للالوسي ج ٢٨ ص٦٧، ٦٨ — مواهب الجليل ج ٣ ص ٣٨٧ .

(٣) المهذب ج ٣ ص ٢٧٧ — أسنى المطالب ج ٤ ص ٢٢٧ .

٣٧٥ — وهو أرجح الاقوال عند فقهاء المذهب الجعفري .

أحد رعاياها ، وهذا في ذاته تطبيق لقاعدة الشريعة العامة التي لا تجيز للدولة الاسلامية أن تسلم رعاياها لدولة غير اسلامية ، ولا يعتبر تسليم الرعايا لدولة اسلامية أخرى خروجا على هذه القاعدة العامة ، لان أراضي الدول الاسلامية كلها تعتبر دارا للاسلام وتخضع لشريعة واحدة هي الشريعة الاسلامية ، ولان كل دولة اسلامية تمثل النظام الاسلامي في العالم كله .

ويجوز لاية دولة اسلامية أن تسلم المستأمن للدولة التي تتبعها اذا طلبته لتعاقبه على جريمة ارتكبها في بلده بشرط أن يكون هناك اتفاق يقضي بذلك — ٣٧٦ — ، ولكن ليس لها أن تسلمه الى دولة أخرى غير دولته — ٣٧٧ — ، لان هذا يتنافى مع عقد الامان الذي أعطى له فأمن بمقتضاه على نفسه ، الا أن يكون هناك عهد بين الدولة الاسلامية وبين الدولة طالبة التسليم يقضي بالتسليم فيعتبر الامان قائما على أساس التقيد بهذا العهد ، ويجوز التسليم وفاء بالعهد .

وقاعدة الشريعة التي تقضي بأن لا تسلم الدولة رعاياها هي القاعدة التي تأخذ بها أكثر الدول اليوم ، ولكن بعض الدول كانجلترا وأمريكا تجيز تسليم رعاياها دون اشتراط المثل ، وهو مبدأ لا تأخذ به الشريعة الا فيما بين الدول الاسلامية فقط . فالمبدءان المعمول بهما اليوم في العالم هما مبدءا الشريعة الاسلامية بالذات ، ولكن الشريعة تطبق كلا منهما في حالات معينة ، بينما الدول اليوم تأخذ بأحد المبدأين دون الآخر ، ولا تجمع بينهما كما فعلت الشريعة .

---

٣٧٦ — أو كانت تلك الدولة اسلامية .

٣٧٧ — الا أن تكون تلك الدولة اسلامية .

والدول الحديثة متفقة اليوم على أن لا تسلم من يكون خاضعا لقضائها في الجريمة المطلوب التسليم من أجلها واو كان الجاني أجنبيا . وهذا تطبيق لمبادىء الشريعة ، لان الدولة اذا كانت مختصة بالجريمة فعليها أن تعاقب الجاني . واذا عاقبته فلا معنى لتسليمه بعد ذلك .

٢٢٦ — تسليم الارقاء :

وتتفق الدول اليوم على عدم تسليم الارقاء الهاربين . وهو مبدأ قررته الدول في القرن الماضي بعد ابطال الرق . ولكن هذا المبدأ قررته ألشريعه الاسلامية من مدة تزيد على ثلاثة عشر قرنا ، ونستطيع أن نقول : انه تقرر على وجه التحديد يوم الحديبية ، فقد لجأ عدد من عبيد قريش الى معسكر المسلمين في هذا اليوم ، فأرسلوا في طلبهم وقالوا لرسول الله صلى الله عليه وسلم : انهم ما خرجوا رغبة في دينك ، وانما خرجوا هروبا من الرق ، فقال ناس من المسلمين : صدقوا يا رسول الله ردهم عليهم . فغضب رسول الله . وقال : « هم عتقاء الله » .

والقاعدة في الشريعة — ٣٧٨ — أن الرقيق اذا أسلم ولجأ الى دار الاسلام ، أو معسكر المسلمين أو أسلم وبقي في دار الحرب حتى ظهر المسلمون عليها فهو حر في كل هذه الاحوال ، ولا يجوز رده (١) .

ويرى الشافعي رده في حالة واحدة ، وهي اذا اسلم في دار الحرب ثم هاجر بعد الاسلام ، وكان بين أهل دار الحرب وبين دار الاسلام عهد

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٣٤٦ — المهذب ج ٢ ص ٢٧٩ — المغني ج ١٠ ص ٥٢٣ مواهب الجليل ج ٣ ص ٣٨٦ .

٣٧٨ — ويعتمد فقهاء المذهب الجعفري على هذه القاعدة .

لان العبيد مال ، وأهل دار الحرب في أمان على أنفسهم ومالهم بالعهد القائم بينهم وبين دار الاسلام ، ويرد أحمد على هذا الرأي بأن الامان أعطى لهم على ما في قدرة المسلمين عمله ، وماهو في قبضة المسلمين ، والارقاء في قبضة أهل دار الحرب لا في قبضة المسلمين [1].

٢٢٧ — تسليم المجرمين السياسيين والعسكريين :

وتتفق الدول أيضا على عدم تسليم المجرمين في الجرائم السياسية والجرائم العسكرية . وليس في قواعد الشريعة ما يمنع من اقرار هذه الجزئيات ، لانها لا تختلف مع قواعد الشريعة العامة التي بسطناها فيما سبق .

٢٢٨ — هل يمكن معاقبة الحربيين الذين اسلموا ولجأوا الى دار الاسلام؟

عرفنا أن الشريعة لا تجيز تسليم النساء اطلاقا ، وأنها لا تجيز تسليم الرجال ما لم يكن هناك اتفاق سابق . وأن تسليم الرجال حتى في حالة الاتفاق مختلف عليه ، فهل يمكن مع هذا أن نعاقب المسلم الذي لجأ من دار الحرب الى دار الاسلام على جريمته التي أرتكبها في دار الحرب ؟ وللرد على هذا السؤال يجب أن نفرق بين فرضين ، أولهما أنه ارتكب هذه الجرائم قبل الاسلام ، وثانيهما أنه ارتكبها بعد الاسلام ، فان كانت الجرائم قبل الاسلام فلا عقاب عليها باتفاق ، لان القاعدة في الشريعة أن الاسلام يجب ما قبله . وأساس هذه القاعدة قوله تعالى : « قل للذين كفروا ان ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف » [الانفال : ٢٨] وقد طبقت هذه القاعدة

(١) المهذب ج ٢ ص ٢٧٩ — أسنى المطالب ج ٤ ص ٢٢٨ — المغني ج ١٠ ص ٥٢٣ .

على من آذوا الرسول والمسلمين ، ومن قتلوا المسلمين أو مثلوا بهم ، مثل كعب بن أبي الذي آذى الرسول والمسلمين بهجائه ، ومثل وحشي قاتل حمزة بن عبد المطلب . ومثل هند زوجة أبي سفيان التي مثلت بحمزة بعد قتله .

أما اذا كانت الجرائم قد أرتكبت بعد الاسلام . فاذا طبقنا نظرية أبي حنيفة وأبي يوسف فلا عقاب . لان الجرائم وقعت في أرض الحرب ولا ولاية للمسلمين عليها . والعقاب على الجريمة يقتضي الولاية على محل الجريمة وقت وقوعها . واذا طبقنا نظرية مالك والشافعي وأحمد وجب العقاب — ٣٧٩ — ، بشرط أن يكون الجاني عالما أو في امكانه أن يعلم أن الشريعة تحرم هذه الافعال . فان لم يكن عالما ولا في امكانه أن يعلم بالتحريم فلا عقاب ، وان كان عالما أو في امكانه أن يعلم فانه يعاقب على ما تحرمه الشريعة ، أما ما لا تحرمه فلا عقوبة عليه ولو كان محرما في دار الحرب (١) .

٢٢٩ — ثانيا ابعاد المجرمين : —

يختلف حكم الابعاد بحسب ما اذا كان الشخص من أهل دار الاسلام أو من أهل دار الحرب : —

ابعاد المسلمين الذميين :

رأينا فيما سبق أن بلاد المسلمين جميعا تعتبر وحدة واحدة ، وتسمى

(١) راجع الفقرات من ٢١٤ الى ٢١٦ والفقرة ٢٩٨ .

٣٧٩ — وهو الرأي الراجح كما أشرنا اليه سابقا .

دار الاسلام • ويترتب على اعتبارها وحدة واحدة أنه لا يجوز منع المسلم أو الذمي من دخول أي اقليم اسلامي آخر غير الاقليم الذي يقع فيه أصلا •

والاصل في الشريعة الاسلامية أنه لا يجوز ابعاد المسلم أو الذمي عن دار الاسلام ، لان نفي المسلم عن دار الاسلام يعرضه للفتنة ، ويؤدي به الى الهلكة ويحول بينه وبين اظهار شعائر الدين . ولان نفي الذمي عن دار الاسلام مناقض لعقد الذمة •

ويترتب على اعتبار بلاد المسلمين وحدة واحدة ، وعلى عدم جواز ابعاد المسلم أو الذمي عن دار الاسلام ، لانه لا يجوز لدولة اسلامية أن تبعد مسلما أو ذميا من أرضها ، ولو كان المسلم أو الذمي من غير رعاياها . ولو كان قد دخل أرضها ليقيم بها اقامة مؤقتة •

فقواعد الشريعة الاسلامية اذن لا تسمح بمنع المسلم أو الذمي من دخول أي بلد اسلامي ، ولا تبيح ابعاد المسلم أو الذمي من أي بلد اسلامي دخوله ، لأن المسلم او الذمي لا يعتبر بأي حال أجنبيا عن دار الاسلام ، ولا عن دولة ، فكل بلد في دار الاسلام تعتبر بلده ، وكل دولة أو حكومة فيها تعتبر دولته وحكومته ، لانها تمثل الاسلام ، ومن يعتنقه من المسلمين، ومن يلتزم احكامه من الذميين ، قبل أن تمثل الاقليم ومن يتوطنه من المسلمين والذميين •

واذا كان الاصل أنه لا يجوز منع رعايا دولة اسلامية من الدخول في أرض دولة اسلامية أخرى ، أو ابعادهم عنها ، فهل يجوز اذا دعت لذلك ضرورة المحافظة على الامن العام ، أو النظام ، أن تضع الدول قيودا على دخول البلاد التي تحكمها بقدر ما تستدعيه تلك الضرورة ، وهل يجوز للدول الاسلامية اذا دعت الضرورة ابعاد من ليسوا رعاياها أصلا إلى بلادهم

الأصلية أو الى أي بلد آخر ؟ .

من القواعد الاولية في الشريعة الاسلامية أن الضرورات تبيح المحظورات وأن كل ضرورة تقدر بقدرها . ومعنى ذلك أن مالا يباح عمله في الظروف العادية يباح عمله عند الضرورة . بشرط أن لا يتعدى ذلك الحاجة ودواعي الضرورة ، وتطبيقا لهاتين القاعدتين الأوليتين يجوز للدول الاسلامية عند الضرورة أن تضع قيودا على دخول البلاد التي تحكمها بقدر ما تستدعيه حالة الضرورة ، وبشرط أن لا يمكن دفع الضرورة بوسيلة أخرى ، ويجوز للدول الاسلامية عند الضرورة أن تبعد أي مسلم أو ذمي عن أرضها ، اذا لم يكن هناك وسيلة لدفع الضرورة الا الابعاد . ويجوز أن يكون الابعاد لبلد المبعد الاصلية أو لاي بلد اسلامي آخر ، ولكن لا يجوز بأي حال أن يكون الابعاد الى دار الحرب ، ولو كان بين دار الاسلام وبين المكان الذي أبعد اليه من دار ألحرب موادعة .

ولكني مع هذا أرى أنه ليس لدولة اسلامية أن تحرم دخول أرضها على رعايا دول اسلامية أخرى ، ولا أن تمنعهم من الاقامة فيها بحجة ضرورة المحافظة على الامن والنظام ، أو بأية حجة أخرى ، لان في يد كل دولة من اجراءات الأمن ، ومن نصوص الشريعة ، ما يسد الحاجة ويدفع كل ضرورة ويمكن الدولة من المحافظة على الامن والنظام ، وحماية كل مرفق ، ومراقبة المشبوهين ، وأخذهم بنشاطهم المضاد لمصالح الدولة ، واذا كان هذا كله في متناول الدولة ولا يعطل تنفيذه قاعدة من قواعد الشريعة ، فليس للدولة أن تعدل عنه بحجة الضرورة الى ما يعطل قاعدة هامة من قواعد الشريعة ، واذا كانت الدولة لا تستطيع ابعاد رعاياها ولا منعهم من دخول أرضها ، وتكتفي في دفع ما يصدر منهم بهذه الوسائل التي ذكرناها ، فأولى بالدولة

أن تكتفي بنص هذه الوسائل في دفع الغرباء والمهاجرين الذين هم أضعف حيلة وأقل مقاومة من الرعايا المستوطنين .

فعلى كل دولة اسلامية اذن أن لا تبعد رعايا الدول الاسلاميه الاخرى وأن لا تمنعهم من دخول أرضها ، وأن تعاملهم كرعاياها تماما ، واذا أتوا ما يخل بالامن عاقبتهم بما يستحقون كما تعاقب رعاياها — ٣٨٠ — . وهذا الذي نقول هو الرأي الذي يتفق مع أغراض الشريعة الاسلاميه ومراميها من توحيد دار الاسلام وجعلها دار أمن وسلام لكل مسلم وذمي أما الرأي المضاد فيؤدي فوق ما ذكرنا له من عيوب الى عدم المساواة ، وإثارة النعرات الوطنية والجنسية ، وهذا ما يحاربه الاسلام ولا يرضاه .

٢٣٠ ـ ابعاد الحربيين :

ليس للحربيين أن يدخلوا دار الاسلام الا باذن خاص ، أو بناء على عهد طبقا لقواعد الشريعة الاسلامية ، وليس لهم اذا سمح لهم بدخول دار الاسلام أن يقيموا فيها الا اقامة مؤقتة لا تزيد على سنة واحدة في رأي أبي حنيفة والشافعي وبعض الحنابلة (١) ، أما البعض الآخر فيرى مع مالك أن الاقامة المؤقتة ليس لها مدة معينة (٢) . والأصل عند الشافعي أن مدة الاقامة لا تزيد على أربعة أشهر الا اذا رأى الامام وكان في ذلك مصلحة (٣) — ٣٨١ — .

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٣٥١ — المغنى ج ١٠ ص ٤٣٧ .
(٢) المغني ج ١٠ ص ٤٣٦ — مواهب الجليل ج ٣ ص ٣٥٩ .
(٣) أسنى المطالب ج ٤ ص ٢٠٤

---

٣٨٠ — نعم يباح لها منع غير رعاياها من دخول بلادها اذا لم تتمكن من حفظ الامن مع وجودهم في بلادها .

٣٨١ — تعيين مدة اقامته بيد الامام فهو يعينها تبعا لما يراه من المصلحة

واذا انتهت مدة اقامة الحربي كان من حق ألدولة ألاسلامية أن تبعده من أرضها ، ولها أن تبعده ولو لم تنته مدة اقامته اذا أتى ما يخل بالامن أو خشى منه الاخلال بالامن ، تطبيقا لقوله تعالى : « واما تخافن من قوم خيانة فانبذ اليهم على سواء » [الانفال : ٥٨] وقوله تعالى : « فما استقاموا لكم فاستقيموا لهم » [التوبة : ٧] على أنه يشترط عند الابعاد أن يبعد الحربي الى مكان يأمن فيه على نفسه ، أو أن يرد الى مأمنه ، لأنه دخل دار الاسلام على أمان ، فوجب أن لا يعرض للهلكة ، وان يرد الى المكان الذي يأمن فيه ، وذلك قوله تعالى : « ثم أبلغه مأمنه » [التوبة:٦].

ويلاحظ أنه لا يجوز ابعاد الذمي ولو خشى من خيانته ، أو أتى مايدل على خيانته — ٣٨٢ — ، ويفرقون بينه وبين المستأمن بأن الذمي من رعايا الدولة ، ويقيم في دار الاسلام اقامة دائمة ، فهو كالمسلم في قبضة الامام وخيانته ان ظهرت يمكن استدراكها وعقابه عليها كخيانة المسلم، أما المستأمن فليس كذلك ، ومن الصعب استدراك خيانته [١] .

٢٣١ — الشريعة والقوانين :

تأخذ القوانين الوضعية بمبدأ منع الاجانب من دخول أرض الوطن.

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٩٤ — مواهب الجليل ج ٣ ص٣٨٦ — المهذب ج ٢ ص ٢٩٤ — المغني ج ١٠ ص ٥٢٠ وما بعدها.

فان رأى الامام المصلحة في أن مدة اقامته لا تزيد على يوم فلا يسمح له بالزيادة وان رأى المصلحة في اطالة بقائه فيسمح له بذلك .

٣٨٢ — الا اذا اشترط في عقد الذمة عدم ايذاء ألمسلمين فمنع ظهور الخيانة منه يخرج من الذمة وللحاكم الشرعي حينئذ اخراجه .

وابعادهم عنها بعد دخولهم كلما اقتضت ذلك مصلحة عامة ، ولا تجيز القوانين الوضعية دخول الاجانب أرض الدولة الا باذن ، على أن يقيموا اقامة مؤقتة فاذا انتهت هذه المدة أخرجوا من أرض الدولة ما لم تجدد مدة الاقامة. وهذه المبادىء التي لم تعرفها القوانين الوضعية الا أخيراً هي نفس المبادىء التي جاءت بها الشريعة من ثلاثة عشر قرنا ، وتتفق القوانين الوضعية مع الشريعة أيضا في عدم جواز ابعاد رعايا الدولة ، أو منعهم من دخول أرض الوطن ، ولكن القوانين الوضعية تختلف مع الشريعة في أن القوانين لا توجب ابلاغ الشخص المبعد الى مأمنه ، كما توجب ذلك الشريعة ، ويكفي في معظم القوانين أن يبعد الشخص عن أرض الدولة ولو عرضه ذلك للهلاك ، وتفوق الشريعة في هذه المسألة لا يحتاج ايضاحا •

٢٣٢ — الجنسية في الشريعة : —

تقوم الجنسية في الشريعة الاسلامية على أساس الدار ، و بتعبير آخر على أساس الاسلام ومسالمته ، والتزام أحكامه أو الكفر به. فأهل دار الاسلام لهم جنسية واحدة سواء كانوا مسلمين أو ذميين محكومين بحكومة واحدة أو بحكومات متعددة ، ومهما تميز المصري عن السوري أو العراقي أو المغربي فذلك تمييز محلي أو اقليمي لا ينبني عليه حكم شرعي ولا يؤدي الى تمييز في الخارج •

وأهل دار الحرب لهم جنسية واحدة مهما تعددت بلادهم وحكوماتهم ومهما تميز الانجليزي عن الفرنسي أو الامريكي فذلك تمييز داخلي فيما بينهم ، ولكن أحكام الشريعة واحدة بالنسبة لهم جميعا متفرقين ومجتمعين، على أن الشريعة لا تمنع من النظر الى الدول الاجنبية المختلفة كل على حدة

بحسب ظروفها ، فيجوز مثلا أن يكون بين المسلمين وبين الانكليز حرب، وأن يكون بين المسلمين وبين الفرنسيين عهد أو هدنة وهكذا .

وأساس الجنسية في دار الاسلام اعتناق الاسلام ، أو التزام أحكامه، فمن اعتنق الاسلام فهو مسلم ، ومن التزم أحكام الاسلام ولم يسلم فهو ذمي ، وأساس الجنسية في دار الحرب هي انكار الاسلام وعدم التزام أحكامه .

وتتغير الجنسية في الشريعة بتغيير الاساس الذي تقوم عليه ، فتتغير جنسية الحربي باعتناق الاسلام ، أو بالدخول في ذمة المسلمين والتزام أحكام الاسلام . ويشترط للدخول في الذمة الهجرة الى دار الاسلام ، فلا يعتبر المحارب ذميا وهو في بلده الا أن يدخل البلد كله في الذمة ويلتزم أهله أحكام الاسلام فلا تشترط حينئذ الهجرة ، لان البلد يصبح بذلك دار اسلام . وتتغير جنسية المحارب باسلامه دون حاجة لهجرته الى دار الاسلام، وان كان أبو حنيفة يشترط لاعتباره معصوما أن يهاجر الى دار الاسلام .

وتتغير جنسية المسلم والذمي بتغير الاساس الذي تقوم عليه . فتتغير جنسية المسلم بالردة ، وتتغير جنسية الذمي بعدم التزام أحكام الاسلام ، وبالاقامة الدائمة في دار الحرب — ٣٨٣ — .

والزواج يجعل الزوجة تابعة للزوج ، ولكنه لا يؤدي وحده لتغير الجنسية فالمسلم أو الذمي اذا تزوج في دار الحرب من محاربة لم تلحق به الزوجة في جنسيته الا اذا دخلت دار ألاسلام ، فان دخلت دار الاسلام أصبحت بالزواج والهجرة لدار الاسلام ذمية ، واذا تزوج المستأمن في دار الاسلام من ذمية فلا يصير ذميا بزواجها ، ولا تصير هي بزواجه حربية

---

٣٨٣ — كما تتغير جنسيته بنقضه لشرائط الذمة وخروجه بذلك عن الذمة.

الا اذا رضى هو أن يقيم في دار الاسلام اقامة دائمةفيصبح ذميا ــ ٣٨٤ ــ. والا اذا هاجرت هي مع زوجها الى دار الحرب . وإذا تزوج المسلم منحربيه فأسلمت تغيرت جنسيتها بالاسلام دون حاجة للهجرة ، لان الجنسية تتغير أصلا بالاسلام وحده ، فالزواج ليس هو الذي يكسب الجنسية وانما هو الاسلام والتزام أحكامه والاقامة بداره . وتغير جنسية الزوج لايؤثر على جنسية المرأة ، فالذمي اذا أقام بدار الحرب ولم تلحق به زوجته صار حربيا ، وبقيت هي ذمية ، والمسلم اذا ارتد صار حربيا ، ولم يؤثر ذلكعلى جنسية زوجته الا اذا ارتدت مثله .

ويتبع الصغار ومن في حكمهم كالمجنون أبويهم في الجنسية . فاذا أسلم الزوجان أو دخلا في الذمة تبعهما أولادهما غير المميزين ، واذا أسلم الاب وحده أو دخل في الذمة تبعه الاولاد غير المميزين ، واذا أسلمت الأم وحدها أو دخلت في الذمة تبعها الاولاد غير المميزين في رأي أبيحنيفة والشافعي وأحمد ــ ٣٨٥ ــ ، وتبعوا الأب في رأي مالك .

ويتبع الأولاد غير المميزين أبويهم في الجنسية على الوجه السابق كلما كان التغيير من جنسية أدنى الى جنسية أعلى ، والجنسية الاسلامية هي العليا ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « الاسلام يعلو ولا يعلى » فاذا كان التغيير من الجنسية العليا الى الجنسية الدنيا فلا يتبع الاولاد من غير جنسيته من الابوين ، بل يبقون على جنسيتهم الاولى ، فاذا ارتد الزوجان المسلمان وأصبحا محاربين بقي أولادهما غير المميزين مسلمين ــ ٣٨٦ ــ .

٣٨٤ ــ اذا التزم بشرائط الذمة .

٣٨٥ ــ وهو الرأي الراجح عندنا .

٣٨٦ ــ اذا بقوا في بلاد الاسلام وتحت حماية المسلمين .

وكذلك الحكم لو ارتد أحد الابوين فقط (١) .

هذه هي القواعد العامة التي تقوم عليها الجنسية في الشريعة الاسلامية وهناك تفاصيل ليس هذا محل ذكرها ، وهذه القواعد العامة التي جاءت بها الشريعة هي نفس القواعد العامة التي تأخذ بها القوانين الوضعية اليوم في مسائل الجنسية ، فالجنسية تقوم في القوانين على أساس الاقليم ، فكل من يقيم إقامة دائمة في أرض الدولة فله جنسيتها . وهذا يقابل الاقامة الدائمة في دار الاسلام وتسقط الجنسية عن الشخص وتتغير إذا أقام في أرض دولة أخرى مدة معينة ورضى بالدخول في جنسيتها ، وتتبع المرأة جنسية الزوج بشروط معينة ، ويتبع الاولاد الصغار جنسية الابوين كقاعدة عامة .

---

(١) المغني ج ١٠ من ص ٩٣ الى ٩٦ — مجلة القانون والاقتصاد س١ ع ١ ص ١١ — ١٤ — شرح الزرقاني ج٨ ص٦٩ — أسنى المطالب ج٤ ص١٢٣ .

الفصل الرابع

في سريان النصوص الجنائية على الاشخاص

٢٣٣ ـ تمهيد تاريخي :

كان القانون الوضعي حتى آخر القرن الثامن عشر يميز بين الافراد بالمساواة بين المحكومين ، وكان يميز بينهم في المحاكمة وفي توقيع العقوبة ، وفي تنفيذ العقوبة . وكانت المحاكم تتعدد تبعا لتعدد طوائف الأمة ، فللاشراف محاكم خاصة وقضاة من طبقة معينة ، ولرجال الدين محاكم خاصة وللجمهور محاكم خاصة ، ولكل من هاتين الطائفتين قضاتها . وكانت الجريمة الواحدة يعاقب عليها أمام هذه المحاكم المختلفة بعقوبات مختلفة ، وكان لشخصية الجاني اعتبارها في القانون ، فالعمل الذي يأتيه الشريف ويعاقب عليه بأتفه العقوبات ، ويعاقب عليه الشخص العادي اذا أتاه بأقسى العقوبات ، وكانت العقوبة تنفذ على الشريف بطريقة تتفق مع شرفه ، ولكنها تنفذ على رجل الشارع بطريقة تتفق وضعته وحطته ، فاذا حكم بالاعدام مثلا على شريف ووضيع ضربت رقبة الشريف بالسيف ، وشنق الوضيع في حبل كما تشنق الكلاب ، وكانت بعض الافعال تعتبر جرائم اذا أتاها العامة يحاسبون عليها أشد الحساب ، بينما يأتيها الاشراف ورجال الدين في كل وقت فلا يحاسبون عليها ولا يحاكمون عنها .

كان هذا شأن القانون الجنائي الوضعي حتى أواخر القرن الثامن عشر ، أو حتى جاءت الثورة الفرنسية ، فجعلت المساواة أساسا من الأسس الاولية

في القانون ، وأصبحت القاعدة أن تسري نصوص القوانين على الجميع ، ولكن مبدأ المساواة بالرغم من ذلك لم يطبق تطبيقا دقيقا حتى الآن ، اذ لم يكن من السهل التخلص من التقاليد القديمة دفعة واحدة وانكار الماضي كله. فبقيت حالات من التمييز وعدم المساواة أعتبرت استثناءات من مبدأ المساواة التامة ، وراح بعض الكتاب ينتحل لها المعاذير أو يبررها بحيل قانونية، بينما راح البعض ينتقدها ويطالب بالغائها ، وكانت الغلبة للفريق الاخير ، اذ اتجهت الى رأيه بعض التشريعات الحديثة التي وضعت في آخر القرن التاسع عشر وفي القرن الحالي ، فضيقت من مدى هذه الاستثناءات أو حاولت أن تقضي على بعضها . وأغلب المفكرين اليوم يدعون الى المساواة التامة ، ويعملون جاهدين لتحقيقها ، وقد تتحقق المساواة التامة قريبا وقد لا تتحقق ، ولكنها الامل الذي تختلج له القلوب وتتجه اليه الانسانية .

٢٣٤ ـ أمثلة على عدم المساواة في القوانين الوضعية :

ومن أظهر الامثلة على عدم المساواة في القوانين الوضعية ما يأتي :

أ ـ تمييز رئيس الدولة ـ : تميز القوانين الوضعية دائما بين رئيس الدولة الاعلى ملكا كان أو رئيس جمهورية وبين باقي الافراد ، فبينما يخضع الافراد للقانون لا يخضع له رئيس الدولة بحجة أنه مصدر القانون ، وأنه السلطة العليا ، فلا يصح أن يخضع لسلطة هي أدنى منه وهو مصدرها .

وتعتبر بعض الدساتير ذات الملك مقدسة كالدستور الدنماركي والدستور الاسباني قبل الجمهورية ، أما الدستور الانجليزي فيجعل ذات الملك مصونة لا تمس ، ويفترض أن الملك لا يخطيء ، وفي بلجيكا ومصر ذات الملك مصونة لا تمس وكذلك كان الحال في ايطاليا ورومانيا قبل الغاء النظام الملكي.

والاصل في النظام الجمهوري أن رئيس الجمهورية غير مسؤول . وكانت شعوب العالم تعترف بهذا الوضع لرؤساء الدول الجمهورية حتى القرن التاسع عشر ، ثم بدأت تخرج عليه تحقيقا لمبدأ المساواة ، فالدستور الفرنسي يجعل رئيس الجمهورية مسؤولا جنائيا في حالة واحدة هي حالة الخيانة العظمى ، ودستور تشكوسلوفاكيا قبل الحرب الاخيرة أجاز التحقيق مع رئيس الجمهورية في حالة الخيانة العظمى ، والدستور البولندي الذي وضع بعد حرب سنة ١٩١٤ جعل رئيس الجمهورية مسئولا جنائيا في حالة الخيانة العظمى والاعتداء على الدستور كما جعله مسؤولا اذا إرتكب جريمة عادية واشترط لمحاكمته اذن البرلمان وأغلبية خاصة .

ونستطيع أن نستخلص مما سبق أن القوانين الوضعية تأخذ بنظريات ثلاث في مسؤولية رؤساء الدول عما يرتكبون من جرائم : فالنظرية الاولى لا تجعل الرئيس مسؤولا عن أية جريمة ارتكبها ، والنظرية الثانية تجعله مسؤولا عن بعض الجرائم دون البعض الآخر ، والنظرية الثالثة تجعله مسؤولا عن كل الجرائم التي يرتكبها .

ولا شك أن مسؤولية رؤساء الدول قد تطورت في القوانين الوضعية تطوراً عظيما ، فبعد أن كانت القاعدة العامة — حتى القرن الثامن عشر — اعفاءهم من المسؤولية اعفاء تاما ، أهملت تلك القاعدة ، وأصبح الكثيرون من رؤساء الدول مسؤولين مسؤولية جزئية أو مسؤولية تامة .

ب — تمييز رؤساء الدول الأجنبية : وتعفي القوانين الوضعية رؤساء الدول الأجنبية ملوكا كانوا أو رؤساء جمهوريات من أن يحاكموا على ما يرتكبونه من الجرائم في أي بلد آخر غير بلادهم ، سواء دخلوه بصفة رسمية أو متنكرين ، وهذا الاعفاء يشمل كل أفراد حاشية الملك أو رئيس

الجمهورية ، وحجة شراح القوانين في هذا الاعفاء أن اجازة محاكمة رؤساء الدول وأفراد حاشيتهم لا تتفق مع ما يجب لهم من كرم الضيافة والتوقير والاحترام ، وهي حجة لا تستقيم مع المنطق لأن رئيس الدولة الذي ينزل بنفسه الى حد ارتكاب الجرائم يخرج على قواعد الضيافة ، ولا يستحق شيئا من التوقير والاحترام ، ومثل هذا يقال في أفراد الحاشية والواقع أن الاعفاء تقليد قديم كان معمولا به قبل أن تأخذ القوانين الوضعية بمبدأ المساواة ، وظل معمولا به حتى اليوم ، وقد ساعد على بقائه اعتراف الدول به ، وصيرورته جزءا من القانون الدولي ، والمعروف أن القانون الدولي لا يتطور بمثل السرعة التي تتطور بها القوانين الخاصة .

ج — تمييز رجال السلك السياسي : تعفي القوانين الوضعية المفوضين السياسيين الذين يمثلون الدول الأجنبية من أن يسري عليهم قانون الدولة التي يعملون فيها . ويشمل الاعفاء حاشيتهم وأعضاء أسرهم ، وحجة شراح القوانين في هذا الاعفاء أن الممثلين السياسيين يمثلون دولهم أمام الدولة التي يعملون في أرضها ، وليس لدولة على أخرى حق العقاب ، وأن الاعفاء ضروري لتمكينهم من أداء وظائفهم ، وحتى لا تتعطل بتعريضهم للقبض والتفتيش والمحاكمة . ويمكن الرد على هاتين الحجتين بأن الممثل السياسي ليس الا فردا من رعايا دولة أجنبية ، وأن للدولة حق العقاب على رعايا الدول الاجنبية اذا ارتكبوا جريمة في أرضها ، ولا يمكن أن يعطل سريان القانون على الممثل السياسي أعمال هذا الممثل ما دام يحترم القانون ويطيعه ولا يعرض نفسه للوقوع تحت طائلته .

د — تمييز أعضاء الهيئة التشريعية : وتعفى القوانين الوضعية ممثلي الشعب في البلاد النيابية من العقاب على ما يصدر منهم من الأقوال أثناء

تأدية وظائفهم ، وقد أخذ الدستور المصري بهذا الاتجاه ، فمنع من مؤاخذة أعضاء البرلمان على ما يبدونه من الافكار والآراء في المجلسين [1] ، أي أنه أعفاهم من المسؤولية عن الجرائم القوليه الشفوية أو الكتابية التي تلقى أو تكتب في دار المجلسين ، والمقصود من هذا الاعفاء اعطاء أعضاء البرلمان قدرا من الحرية يساعدهم على أداء وظائفهم حق الاداء ، الا أن الاعفاء بالرغم من هذا الاعتداء صارخ على مبدأ المساواة ، لان هناك مجالس نيابية أخرى هي مجالس المديريات ليس لأعضائها أن يتمتعوا بمثل الحصانة التي يتمتع بها أعضاء البرلمان ، ولأن هناك من الوطنيين من يشتغل بالمسائل العامة وله فيها تأثير أكثر مما لأي عضو من أعضاء البرلمان ، وبالرغم من ذلك فهم محرومون من مثل حصانة أعضاء البرلمان .

هـ — تمييز الأغنياء : وتميز القوانين الوضعية الاغنياء على الفقراء في كثير من الحالات ، ومن الأمثلة على ذلك في القانون المصري أن قانون تحقيق الجنايات يوجب على القاضي أن يحكم بالحبس في كثير من الجرائم ، على أن يقدر للمحكوم عليه كفالة مالية اذا دفعها أجل تنفيذ الحكم عليه حتى يفصل في الاستئناف وان لم يدفعها حبس دون انتظار لنتيجة الاستئناف [2] . وفي هذا خروج ظاهر على مبدأ المساواة ، اذ يستطيع الغني دائما أن يدفع الكفالة فلا ينفذ عليه الحكم بينما يعجز الفقير عن دفعها في أغلب الاحوال فينفذ عليه الحكم في الحال .

ويجيز قانون تحقيق الجنايات المصري للمتهم المحبوس أن يعترض على حبسه فينظر اعتراضه أمام القاضي ، وللأخير أن يفرج عن المتهم بضمان

(١) المادة ١٠٩ من الدستور المصري .
(٢) المادة ١٨٠ من قانون تحقيق الجنايات المصري .

مالي (١) . وفي تقرير مبدأ الضمان المالي خروج ظاهر على مبدأ المساواة لان الغني يستطيع دائما أن يدفع الضمان المالي فيخرج من محبسه ، أما الفقير فهو في أغلب الاحوال عاجز عن دفع الضمان ، فيظل رهين محبسه . وقد تقض المحكمة ببراءته مما نسب اليه ، فتكون النتيجة أنه حبس لا لأنه أجرم ، بل لانه عجز عن دفع الكفالة أو بتعبير آخر ، لانه فقير .

و ــ تمييز الظاهرين من أفراد الجماعة : وتميز القوانين الوضعية الظاهرين من أفراد الجماعة على غيرهم ، ومن الامثلة على ذلك في القانون المصري أن لوكيل النيابة ان يرفع الدعوى العمومية على المتهم في جنحة دون استئذان جهة ما ، ولكن اذا كان المتهم موظفا أو محاميا أو طبيبا أو عضوا في البرلمان أو شخصية ظاهرة فان وكيل النيابة لا يستطيع رفع الدعوى العمومية الا بعد استئذان جهات معينة ، ويجوز لو كيل النيابة أن يحفظ القضية اكتفاء بجزاء اداري يوقع على الموظف أو الطبيب أو المحامي وبذلك ينجو المتهم من العقوبة الجنائية ، ومثل هذا الحفظ غير ممكن بالنسبة لأفراد الشعب العاديين .

ويجيز القانون المصري لمن وقع عليه ضرر من جريمة ان يطالب بتعويض ما أصابه من الضرر ، والمحاكم حين تقدر هذا التعويض تراعي مركز الشخص وماله ، وما أصابه من ضرر وما فاته من نفع ، فلو أن مدير شركة وعاملا في نفس الشركة أصيبا في حادث واحد باصابات متماثلة فطالبا بتعويض ، لكان التعويض الذي يحكم به لمدير الشركة ضخما كبيرا ، ولكان التعويض الذي يحكم به للعامل تافها ضئيلا .

وقد جرى الشارع المصري على هذه الطريقة فيما حدده من تعويضات

---

(١) المواد من ١٠٤ الى ١١٠ من قانون تحقيق الجنايات .

عن اصابات العمال أثناء عملهم باصابات تؤدي الى تعطيلهم أو عجزهم أو وفاتهم ، حيث أوجب أن يكون تعويض العامل أو ورثته على أساس مرتب العامل في مدة معينة ولمدة معينة . فان كان مرتبه صغيرا كان تعويضه كذلك وان كان مرتبه كبيرا كبر التعويض [1] . ويترتب على ذلك أنه لو أصيب عاملان معا في مصنع واحد ، وفي حادث واحد ، وتحت ظروف واحدة ، ففقد كل منهما ذراعه الايمن ، أو يده اليمنى ، أو ابهامه الأيمن مثلا ، فان صاحب المرتب الاقل منهما يكون تعويضه أقل من التعويض الذي يصرف لزميلـه .

٢٣٥ ـ بين القانون والشريعة :

هذه هي نظرية المساواة كما تطلع علينا بها القوانين الوضعية الحديثة لا تزال مهيضة الجنـاح ، مقصوصة الاطراف ، لم تسو بين الرؤسـاء والمرؤوسين ، والحاكمين والمحكومين ، لم تسو بين الفرد والفرد ، ولا بين الجماعة والجماعة ، ولا بين الغني والفقير .

وقد يدهش بعض الذين لا يعلمون أن يعلموا أن نظرية المساواة التي لم يتم نضجها وتكوينها في القانون الوضعي الحديث قد نضجت تمـام النضج ، وتكونت تمـام التكوين ووصلت الى أقصى مداهـا في الشريعة الاسلامية ولا تمتاز الشريعة الاسلامية على القوانين الوضعية بهذا فقط ، بل تمتاز عليها أيضا بأنها عرفت نظرية المساواة على هذا الوجه من أربعة عشر قرنا ، بينما لم تبدأ القوانين الوضعية بمعرفتهـا الا في آخر القرن الثامن عشر .

---

(١) المواد من ٢٥ الى ٢٩ من ق ٦٤ / ١٩٣٦ الخاص باصابات العمال والجدول الملحق به .

ويستطيع المفكرون المثاليون طلاب المساواة التامة أن يرجعوا الى الشريعة الاسلامية ، فان المساواة التامة التي يبحثون عنها قائمة في الشريعة يحوطها من جمال التكوين ، وجلال التقنين ، وعدالة التشريع ، ما يبهر أبصارهم ويحير ألبابهم ، ولكنه دون شك يحقق أحلامهم ويشبع أطماعهم .

٢٣٦ — نظرية المساواة في الشريعة : —

جاءت الشريعة من يوم نزولها بنظرية المساواة التامة ، فقررت المساواه على اطلاقها ، فلا قيود ولا استثناءات ، وانما مساواة تامة بين الافراد ، ومساواة تامة بين الجماعات ، ومساواة تامة بين الاجناس ، ومساواة تامة بين الحاكمين والمحكومين ، ومساواة تامة بين الرؤساء والمرؤوسين . لافضل لرجل على رجل ، ولا لابيض على أسود ، ولا لعربي على أعجمي . وذلك قول الله تعالى : « يا أيها الناس انا خلقناكم من ذكر وأنثى ، وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا ، ان أكرمكم عند الله أتقاكم » [الحجرات : ١٣] وذلك ما أكده رسول الله صلى الله عليه وسلم في قوله : « الناس سواسية كأسنان المشط الواحد ، لا فضل لعربي على عجمي الا بالتقوى » وفي قوله : « ان الله قد أذهب بالاسلام نخوة الجاهلية وتفاخرهم بآبائهم ، لان الناس من آدم ، وآدم من تراب ، وأكرمهم عند الله اتقاهم » .

فالناس جميعا في الشريعة متساوون على اختلاف شعوبهم وقبائلهم ، ومتساوون في الحقوق ، متساوون في الواجبات ، متساوون في المسؤوليات وهم في ذلك كأسنان المشط الواحد لا تزيد سن عن سن ، ولا تنقص سن عن سن ، أو هم في ذلك كأبناء الرجل الواحد والمرأة الواحدة ، ترشحهم وحدة أصلهم الى المساواة في حقوقهم ، وواجباتهم ومسؤولياتهم . لافضل

لرجل على رجل كما يفضل اليوم أبناء انجلترا وفرنسا على أبناء المستعمرات التابعة لهاتين الدولتين ، ولا فضل لأبيض على أسود كما يفضل اليوم الأمريكي الابيض على الامريكي الأسود ، ولا فضل لعربي على عجمي ، أي لا فضل لجنس على جنس كما ادعت ألمانيا وغيرها من دول أوربا أفضليتها على بقية الاجناس .

والتقوى هي وحدها نصاب التفاضل بين الناس في الشريعة الأسلامية، ولكنه تفاضل في حدود معينة ، تفاضل بين الناس عند ربهم فقط : فأكرمهم عند الله أتقاهم ، وكون التقى كريما على الله لا يعطيه حقا عند الناس يزيد على ما لغيره من الحقوق ، فالتقوى صفة تؤثر في صلة الانسان بربه أكثر مما تؤثر في صلة الانسان بغيره ، والتفاضل الذي ينشأ عن التقوى هو تفاضل معنوي لا مادي .

وتطبق الشريعة مبدأ المساواة الى أوسع مدى يتصوره العقل البشري ولهذا لا تفرق نصوصها بين الرؤساء والمرؤوسين ، ولا بين الملوك والسوقة ولا بين ممثلي الدول السياسيين والرعايا العاديين ، ولا بين ممثلي الشعب وأفراده ، ولا بين الاغنياء والفقراء ، ولا بين الظاهرين والخاملين . وسنبين فيما يلي حكم هذه الحالات التي جعلناها أمثلة على انعدام المساواة في القوانين .

٢٣٧ ــ المساواة بين رؤساء الدول والرعايا :

تسوي الشريعة بين رؤساء الدول والرعايا في سريان القانون ، ومسؤولية الجميع عن جرائمهم ، ومن أجل ذلك كان رؤساء الدول في الشريعة أشخاصا لا قداسة لهم ، ولا يمتازون على غيرهم . واذا ارتكب أحدهم جريمة

عوقب عليها كما يعاقب أي فرد .

ولقد كان الرسول صلى الله عليه وسلم وهو نبي ورئيس دولة لا يدعي لنفسه قداسة ولا امتيازا ، وكان يقول دائما : « انما أنا بشر يوحى الي » ، « وهل كنت الا بشرا رسولا » . وكان قدوة لخلفائه وللمسلمين في توكيد معاني المساواة بين الرؤساء والمرؤوسين . دخل عليه أعرابي فأخذته هيبة الرسول . فقال له صلى الله عليه وسلم : « هون عليك . فانما أنا ابن امرأة كانت تأكل القديد » وتقاضاه غريم له دينا فأغلظ عليه، فهم به عمر بن الخطاب ، فقال الرسول : « مه يا عمر ، كنت أحوج الى أن تأمرني بالوفاء ، وكان أحوج الي أن تأمره بالصبر » (١) . وخرج أثناء مرضه الأخير بين الفضل بن عباس وعلي حتى جلس على المنبر ، ثم قال : « أيها الناس من كنت جلدت له ظهرا فهذا ظهري فليستقد منه، ومن كنت شتمت له عرضا فهذا عرضي فليستقد منه ، ومن أخذت له مالا فهذا مالي فليأخذ منه ، ولا يخش الشحناء من قبلي فانها ليست من شأني ، ألا وان أحبكم الي من أخذ مني حقا ان كان له، أو حللني فلقيت ربي وأنا طيب النفس » . ثم نزل فصلى الظهر ، ثم رجع الى المنبر فعاد لمقالته الاولى(٢).

وجاء خلفاء الرسول من بعده فنسجوا على منواله ، واهتدوا بهديه، فهذا أبو بكر رضى الله عنه يصعد الى المنبر بعد أن بويع بالخلافة ، فتكون أول كلمة يقولها توكيدا لمعنى المساواة ، ونفيا لمعنى الامتياز . قال : أيها الناس ، قد وليت عليكم ولست بخيركم ، ان أحسنت فأعينوني ، وان أسأت فقوموني . ثم يعلن في آخر كلمته أن من حق الشعب الذي اختاره

---

(١) زاد المعاد ج ١ ص ٥٩ .
(٢) تاريخ ابن الاثير ج ٢ ص ١٥٤ .

أن يعزله . فيقول : أطيعوني ما أطعت الله ورسوله ، فاذا عصيت الله ورسوله فلا طاعة لي عليكم [١] .

وهذا عمر بن الخطاب يولي الخلافة فيكون أكثر تمسكا بهذه المعاني، حتى انه ليرى قتل الخليفة الظالم . خطب يوما فقال : لوددت أني واياكم في سفينة في لجة البحر تذهب بنا شرقا وغربا ، فلن يعجز الناس أن يولوا رجلا منهم ، فان استقام اتبعوه ، وان جنف قتلوه . فقال طلحة : وما عليك لو قلت وان تعوج عزلوه ، قال : القتل أنكل لمن بعده [٢] .

وأعطى أبو بكر القود من نفسه ، وأقاد للرعية من الولاة . وفعل عمر ابن الخطاب مثل ذلك ، وتشدد فيه ، فأعطى القود من نفسه أكثر من مرة[٣]. ولما قيل له في ذلك قال : رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يعطي القود من نفسه وأبا بكر يعطي القود من نفسه ، وأنا اعطي القود من نفسي [٤] .

ومن تشدد عمر في هذا الباب أنه ضرب رجلا فقال له الرجل : انما كنت أحد رجلين : رجل جهل فعلم ، أو أخطأ فعفي عنه . فقال له عمر : صدقت ، دونك فامتثل أي اقتص [٥] .

وأخذ عمر الولاة بما أخذ به نفسه ، فما ظلم وال رعيته الا أقاد من الوالي للمظلوم ، وأعلن على رؤوس الاشهاد مبدأه هذا في موسم الحج حيث طلب من ولاة الامصار أن يوافوه في الموسم ، فلما اجتمعوا خطبهم وخطب الناس قال : أيها الناس، اني ما أرسل اليكم عمالا ليضربوا أبشاركم ولا ليأخذوا أموالكم ، وانما أرسلهم اليكم ليعلموكم دينكم وسنة

(١) تاريخ ابن الاثير ج ٢ ص ١٦٠ .
(٢) تاريخ ابن الاثير ج ٣ ص ٣٠ .
(٣) سيرة عمر بن الخطاب لابن الجوزي ص ١١٣ — ١١٥ .
(٤) الأم ج ٦ ص ٤٤ .
(٥) الخراج لأبي يوسف ص ٦٥ .

نبيكم ، فمن فعل به شيء سوى ذلك فليرفعه الي فوالذي نفس عمر بيده لأقصنه منه . فوثب عمرو بن العاص فقال : يا أمير المؤمنين ، ارأيتك ان كان رجل من المسلمين على رعيته فأدب بعض رعيته انك لتقصنه منه ؟ فقال : أي والذي نفس عمر بيده ، إذن لأقصنه منه ، وكيف لا أقصه منه ! وقد رأيت النبي صلى الله عليه وسلم يقص من نفسه (١) .

وقد جرى العمل في الشريعة على محاكمة الخلفاء والملوك والولاة أمام القضاء العادي ، وبالطريق العادي ، فهذا هو علي بن أبي طالب في خلافته . يفقد درعا له ويجدها مع يهودي يدعي ملكيتها ، فيرفع أمره الى القاضي. فيحكم لصالح اليهودي ضد علي . وهذا هو المغيرة والي الكوفة يتهم بالزناء فيحاكم على الجريمة المنسوبة اليه بالطريق العادي . ويقص علينا التاريخ أن المأمون وهو خليفة المسلمين اختصم مع رجل بين يدي يحيى بن أكثم قاضي بغداد ، فدخل المأمون الى مجلس يحيى وخلفه خادم يحمل طنفسة لجلوس الخليفة ، فرفض يحيى أن يميز الخليفة على أحد أفراد رعيته . وقال : ياأمير المؤمنين لا تأخذ على صاحبك شرف المجلس دونه ، فاستحيا المأمون ، ودعا للرجل بطنفسة أخرى ، وبعض الخصومات التي كانت تثور بين الخليفة والولاة وبين الافراد كانت تنفض بطريق شرعي بحت « هو التحكيم » ،كما فعل عمر بن الخطاب ، فقد أخذ فرسا من رجل على سوم فحمل عليه فعطب فخاصم الرجل عمر ، فقال عمر : أجعل بيني وبينك رجلا ، فقال الرجل : اني أرضى بشريح العراقي ، فقال شريح لعمر : أخذته صحيحا سليما فأنت له ضامن حتى ترده صحيحا سليما ، وكان هذا الحكم الذي صدر ضد عمر هو الذي حفز عمر لتعيين شريح قاضيا .

(١) تاريخ ابن الأثير ج ٣ ص ٢٠٨ وكتاب الخراج لأبي يوسف ص ٦٦ .

وفقهاء الشريعة الاسلامية وان كانوا يشترطون في الامـام أي رئيس الدولة الإسلامية شروطا لا تتوفر في كل شخص ، الا أنهم يسوونه بجمهور الناس أمام الشريعة ، ولا يميزونه عنهم في شيء . وهذا متفق عليه فيما يختص بالولاة والحكام والسلاطين والملوك الذين يخضعون للخليفة أو يستمدون سلطتهم منه ، الا انهم اختلفوا في الامام الذي ليس فوقه إمام ، ولهم في سريان نصوص الشريعة عليه نظريتان : —

النظرية الاولى : وهي نظرية أبي حنيفة ، ويرى أن كل شيء فعله الامام الذي ليس فوقه امام مما يجب به الحد كالزنا والشرب والقذف لا يؤاخذ به الا القصاص والمال ، فانه اذا قتل انسانا أو أتلف مال إنسان يؤاخذ بـه ؛ لأن الحد حق الله تعالى ، وهو المكلف باقامته ومن المتعذر أن يقيم الحد على نفسه ؛ لأن اقامته بطريق الخزي والنكال ولا يفعل ذلك أحد بنفسه ، ولا ولاية لأحد عليه ليستوفيه ؛ ولأن فائدة الايجاب الإستيفاء ، فاذا تعذر لم يجب ، بخلاف حقوق العباد كالقصاص وضمان المتلفات ؛ لأن حق استيفائها لمن الحق فيكون الامام فيه كغيره ، وان احتاج الى المنعة فالمسلمون منعته فيقدر بهم على الاستيفاء ، فكان الوجوب مفيدا (١) .

وخلاصة ما سبق أن الجرائم التي تمس حقوق الجماعة لا يعاقب عليها الامام الذي ليس فوقه امام ؛ لا لأنه معفي من العقاب ، ولكن لتعذر اقامة العقوبة عليه ، إذ أنه صاحب الولاية على غيره ، وليس لغيره ولاية عليه حتى يقيم عليه العقوبة ؛ ولأن ولاية العقاب في الجرائم التي تمس حقوق الجماعة للامام وليست للافراد ، واذا كانت الشريعة توجب العقاب على هذه الجرائم، إلا أن ولاية الأمام على حق العقاب في هذه الجرائم تمنع من العقاب على

(١) شرح فتح القدير ج٤ ص ١٦٠ ، ١٦١ — البحر الرائق ج٥ ص٢٠ — الزيلعي ج ٣ ص ١٨٧ .

الجرائم التي يرتكبها الامام ، حيث لا يعقل أن يعرض الإمام نفسه للخزي والنكال باقامة الحد على نفسه ، واذا امتنع تنفيذ العقوبة فقد إمتنع الزاجر وهو العقاب ، وإذا امتنع الواجب لم يعد واجبا .

فالفعل المحرم في رأي أبي حنيفة يظل محرما ويعتبر جريمة ، ولكن لا يعاقب عليه لعدم امكان العقاب . ويترتب على هذا أن الامام لو زنا وهو محصن فقتله أي فرد من الافراد فان القاتل لا يعاقب على القتل ، لأنه قتل شخصا مباح الدم (١) ، اذ الزنا من محصن عقوبته الموت . ولما كانت عقوبة الزنا من الحدود ، والحدود لا يجوز تأخيرها ولا العفو عنها ، فان قتل الزاني المحصن يعتبر واجبا لابد منه ازالة للمنكر ، وتنفيذا لحدود الله ، فمن يقتل الزاني المحصن فانه يؤدي واجبا عليه، ومن ثم فلا يمكن اعتباره قاتلا .

أما الجرائم التي تمس حق الافراد كالقتل والجرح فيرى أبو حنيفة أن الامام الذي ليس فوقه امام يؤخذ بها ويعاقب عليها ، لان حق استيفائها ليس له أصلا ، وانما هو للمجني عليهم وأوليائهم ، واذا قام الامام باستيفاء العقوبة في هذه الجرائم فانما يقوم به نيابة عن الافراد ، ولمنع الحيف والاضرار بالغير . فاذا ارتكب الامام جريمة من هذا النوع ، كان للافراد أصحاب الحق الاصلي في استيفاء العقوبة أن يستوفوا العقوبة من الامام مستعينين في ذلك بالقضاء وبالجماعة ، واذا استوفى الافراد العقوبة الواجبة عن غير طريق القضاء فلا حرج عليهم ، لانهم فعلوا ما هو حقهم (٢)

واذا ولي الامام نائبا عنه أو قاضيا المحكم في كل الجرائم ، كان من حق النائب أو القاضي أن يأخذ الامام الذي ليس فوقه امام بكل جريمة سواء

(١) حاشية الطهطاوي ج ٤ ص ٢٦٠ .
(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦١ .

مستحقا لله أو حقا للافراد [١] . وعلى هذا لو ترك للمحاكم تطبيق الشريعة أخذا بنظام فصل السلطات ، كان للمحاكم أن تحكم على الامام الذي ليس فوقه امام بعقوبة أية جريمة يرتكبها .

ويؤخذ على نظرية أبي حنيفة أنها تقوم على أساس ضعيف ؛ لأن الامام ليس الا نائبا عن الجماعة ، ولأن الخطاب في التشريع الاسلامي موجه للجماعة وليس للامام ؛ وانما أقامت الجماعة الامام ليقيم أحكام الشريعة ، ويرعى صالح الجماعة ، فاذا ارتكب أحد الافراد جريمة كان للامام أن يعاقبه بما له من حق القيام على تنفيذ نصوص الشريعة نيابة عن الجماعة ، واذا ارتكب الامام نفسه جريمة عاد للجماعة حقها ، وعاقبت الامام حيث لا يصلح للنيابة عنها في هذه الحالة .

الثانية : وهي نظرية مالك والشافعي وأحمد ، وهؤلاء لا يفرقون بين جريمة وجريمة ، ويرون الامام مسؤولا — ٣٨٧ — عن كل جريمة ارتكبها سواء تعلقت بحق لله أو بحق للفرد ؛ لأن النصوص عامة والجرائم محرمة على الكافة بما فيهم الامام ، معاقب عليها ممن ارتكبها ولو كان الامام ، ولا ينظر هؤلاء الأئمة الى امكان تنفيذ العقوبة كما ينظر الحنفية ؛ لأن تنفيذ العقوبات ليس للامام وحده ، وانما له ولنوابه ، فاذا ارتكب جريمة وحكم عليه بعقوبتها نفذ العقوبة على الامام أحد من ينوبون عنه ممن لهم تنفيذ هذه العقوبة [٢] .

(١) نفس المرجع السابق .
(٢) المدونة ج ١٦ ص ٥٧ — مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٢ ، ٢٩٦ .

٣٨٧ — وهذا هو القول الراجح اذ لا فرق بين رئيس الدولة وسواه إلا أن رئيس الدولة اذا كان هو الامام المعصوم فلا يمكن أن تصدر منه جريمة .

ولم يكتف الفقهاء بتقرير عقوبة رئيس الدولة الاعلى على ما يرتكبه من جرائم، بل بحثوا فيما اذا كان ينعزل بارتكابه الجرائم، فرأى البعض — ٣٨٨ — أن الامام ينعزل بارتكابه المحظورات ، واقدامه على المنكرات ، تحكيما للشهوة وانقيادا للهوى ؛ لان عمله هذا فسق يمنع من انعقاد الامامة ، ويمنع من استدامتها (١) •

٢٣٨ — رؤساء الدول الاجنبية :

واذا كانت الشريعة لا تميز رئيس الدولة الاسلامية الأعلى فهي من باب أولي لا تميز رئيس دولة أجنبية (٢) ، واذن فالشريعة تسري على رؤساء الدول الاجنبية ، وعلى رجال حاشيتهم أثناء وجودهم في دار الاسلام ، فاذا ارتكبوا أية جريمة عوقبوا عليها ، واذا كان أبو حنيفة يرى عدم امكان عقاب الامام على الجرائم التي تمس حقوق الجماعة ، فان هذا الرأي لا يفيد رؤساء الدول الأجنبية شيئا ؛ لان أساس هذا الرأي أن الأمام لا يمكن أن ينفذ

---

٢٩٧ — الاقناع ج ٤ ص ٢٤٤ ، ٢٤٥ — الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٤٢ ، ٣٤٣، ٣٨٢ — المهذب ج ٣ ص ١٨٩ — الأم ج ٦ ص ٣٦ — فقه القرآن والسنة ص ٩٧ •

(١) الاحكام السلطانية للماوردي ص ١٤ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١١٠١ .

(٢) المقصود من الدول الأجنبية الدول المحاربة التي تقوم في دار الحرب أما الدول الاسلامية فلا تعتبر احداها أجنبية بالنسبة الأخرى ، ولا تسمح قواعد الشريعة باعفاء رؤساء الدول الاسلامية من عقوبات الجرائم التي ارتكبوها في دولة اسلامية أخرى ، بل انه يمكن عقابهم في هذه الدولة الاسلامية على الجرائم التي ارتكبوها في أي مكان من دار الاسلام ، وعلى الجرائم التي ارتكبوها في دار الحرب على التفصيل الذي بينا في الفقرة ٢١٨ .

---

٣٨٨ — وهذا هو الراجح الا أن رئيس الدولة اذا كان هو الامام المعصوم فلا يمكن صدور المعصية منه لان عصمته تجنبه المعاصي ولا يمكن للأمة عزله لانه معين من قبل الله سبحانه وتعالى •

العقوبة على نفسه . والعقوبة هنا لا تقع عليه وانما تقع على غيره .

على أن رؤساء الدول في دار الحرب وحاشيتهم يمكن أن يستفيدوا من نظرية أبي حنيفة في تطبيق الشريعة على المستأمن . ورؤساء الدول في دار الحرب وحاشيتهم ليسوا الا مستأمنين . وطبقا لهذه النظرية لا يعاقب المستأمن الا على الجرائم التي تمس حق الافراد . أما الجرائم التي تمس حق الجماعة فلا يعاقب عنها . وقد علمنا أن أبا يوسف يخالف أبا حنيفة في هذا ، ويرى كما يرى باقي الائمة عقاب المستأمن على كل الجرائم التي يرتكبها في دار الاسلام (١) .

٢٣٩ — رجال السلك السياسي :

تسري الشريعة على رجال السلك السياسي فيما يرتكبون من جرائم في دار الاسلام ، سواء تعلقت الجرائم بحقوق الجماعة أو بحقوق الافراد. وليس في قواعد الشريعة ما يسمح باعفائهم من تطبيق الشريعة عليهم ، الا إذا أخذنا بنظرية أبي حنيفة في المستأمن — ٣٨٩ — ، وهي تقضي بسريان الشريعة على المستأمن اذا ارتكب جريمة تمس حق الافراد فاذا إرتكب جريمة تمس حق الجماعة فلا تسري عليه الشريعة .

ويلاحظ أن رجال السلك السياسي الذين يمكن اعتبارهم مستأمنين هم الذين ينتمون لدولة محاربة ويمثلونها وليسوا مسلمين ، أما المسلمين الذين يمثلون دولة محاربة أو دولة اسلامية فهؤلاء لا يعتبرون مستأمنين بحال ، وحكمهم حكم أي مسلم يقيم في دار الاسلام .

(١) راجع الفقرة ٢١٤ وما بعدها .

٣٨٩ — وقد مر آنفا بطلانها .

وليس في أخذ رجال السلك السياسي بجرائم ما يعيب الشريعة ، مادامت الشريعة تسوي بينهم وبين غيرهم من رعايا الدولة ، وتجعل حكمهم حكم رئيس الدولة ، ولكن العيب في التفرقة التي تأخذ بها القوانين الوضعية بحجة حمايتهم ، وتمكينهم من أداء وظائفهم ؛ لان الممثل السياسي الذي يرتكب الجرائم لا يستحق الحماية ، ولا يصلح لأداء وظيفته ، ولأنه لا يحمي الممثل شيء مثل ابتعاده عن الشبهات والمحرمات ، واذا خيف من اتخاذ الاتهام ذريعة للضغط على الممثل فهو خوف في غير محله ؛ لان هناك من وسائل الضغط ما هو أسهل وأسرع وأجدى من الاتهام ، فمنع محاكمة الممثل السياسي لايمنع من الضغط عليه والتأثير فيه ، والحجج التي يبررون بها منع المحاكمة لا تبرر المنع بحال من الاحوال .

٢٤٠ — أعضاء الهيئة التشريعية : —

لا تسمح قواعد الشريعة باعفاء أعضاء البرلمان من العقاب على الجرائم القولية التي يرتكبونها في دار البرلمان ؛ لأن الشريعة تأبى ان تميز فردا على فرد ، أو جماعة على جماعة ، ولانها تأبى أن تسمح لفرد أو هيئة بارتكاب الجرائم مهما كانت وظيفة الفرد أو صفة الجماعة .

وقد يظن البعض أن القانون يتفوق في هذه الناحية على الشريعة ،ولكن قليلا من التفكير يؤدي بنا الى القطع بأن الشريعة تتفوق في هذه الناحية تفوقا عظيما ، سواء نظرنا الى المسألة من وجهتها الفنية ، أو نظرنا الى المسألة من الوجهة الاجتماعية والاخلاقية .

فالقانون الوضعي يقوم في جرائم القول على قاعدة النفاق والرياء ، ويعاقب الصادق والكاذب على السواء ، والمبدأ الاساسي في القانون أنه لا

يجوز أن يقذف امرؤ آخر أو يسبه أو يعيبه ، فان فعل عوقب سواء كان صادقا فيما قال أو كاذبا .

واذا كان هذا المبدأ يحمي البرءاء من ألسنة الكاذبين الملفقين ، فانه يحمي أيضا الملوثين والمجرمين والفاسقين من ألسنة الصادقين .

وبهذا المبدأ الذي قام عليه القانون ، انعدم الفرق بين الخبيث والطيب، والمسيء والمحسن ، وانعدام الحد بين الرذيلة والفضيلة ، وبهذا المبدأ إنحط المستوى الاخلاقي بين الشعوب. فالطيب لا يستطيع أن ينقد الخبيث، والخبيث سادر في غيه ، ذاهب الى نهاية طوره ، لأنه لا يخشى رقيبا ولا حسيبا من الجماهير . ولا يستطيع امرؤ طبقا لهذا المبدأ القانوني أن يسمي الاسماء بمسمياتها ، وأن يصف الموصوفات بأوصافها ، لا يستطيع أن يقول لمن زنى يا زاني . ولا يستطيع أن يقول لمن سرق يا سارق ، ولا يستطيع أن يقول للمفتري يا كاذب ، فان قالها باء بالعقوبة ، وباء الزاني والسارق والكاذب فوق حماية القانون بالتعويض المالي على ما نسب اليهم من قول هو عين الحق والصدق .

ذلك هو مبدأ القانون في جرائم القول ، يحرم على الناس أن يقولوا الحق وأن يتناهوا عن المنكر ، وأن يحطوا من قدر المسيء ليرفعوا من قدر المحسن والاحسان .

وقد شعر واضعوا القانون المصري بخطورة هذا المبدأ على الشعب اذا طبق على اطلاقه ، فاستثنوا منه حالات أربع هي : —

١ — حالة الطعن في أعمال موظف عام أو شخص ذي صفة نيابية أو مكلف بخدمة عامة ، فان الطاعن لا يعاقب على طعنه اذا حصل بسلامة نية ، وكان لا يتعدى أعمال الوظيفة أو النيابة أو الخدمة العامة ، بشرط أن يثبت

الطاعن حقيقة كل فعل أسند الى المقذوف [1] . وقد تقرر هذا الاستثناء ، لاشعار الموظف والنائب والمكلف بخدمة عامة أن أعمالهم معرضة للانتقاد . فيدعوهم ذلك الى الاحسان ما استطاعوه .

٢ — حالة دعوة الامة الى الانتخاب : فان نص المادة ٦٨ من قانون الإنتخاب يبيح الاقوال الصادقة عن سلوك المرشح وأخلاقه أثناء المعركة الانتخابية بالرغم من تحريم قانون العقوبات لهذه الاقوال في الأوقات العادية. وقد جعلت هذه الاباحة ليستطيع كل مرشح وكل ناخب أن يقول ما يعرف عن سلوك المرشح وأخلاقه دون خوف من العقاب ، وليسهل على الناخبين ان يميزوا بين المرشحين ويختاروا من يصلح للنيابة عنهم بعد أن يسمعوا عنه كل ما يتعلق بسلوكه وأخلاقه .

٣ — حالة انعقاد البرلمان : فان أعضاءه لا يؤاخذون على ما يبدونه من الافكار والآراء في المجلسين طبقا لنص المادة ١٠٩ من الدستور . وقد وضع هذا النص لتمكين نواب الامة من أن يقولوا ما يشاءون دون تحرج أو خوف من المحاكمة والعقاب .

ويلاحظ أن هذه الحالة تختلف عن الحالتين السابقتين في أن القاذف في الحالتين السابقتين لا ينجو من العقاب الا اذا كان صادقا فيما قال ، أما عضو البرلمان فلا يحاكم ولا يعاقب سواء كان صادقا فيما قال أو مختلقا لما قال.

٤ — حالة المحاكمة والتقاضي : فالمادة ٣٠٩ من قانون العقوبات تنص على الاعفاء من العقاب على القذف أو السب الذي يحدث من الخصوم أو وكلائهم في دفاعهم الشفوي أو الكتابي أمام المحاكم ، ولا يترتب عليه الا المقاضاة المدنية أو المحاكمة التأديبية .

---

(١) تراجع المادة ٣٠٢ من قانون العقوبات المصري .

ويلاحظ أن القاذف والساب لا يعاقب جنائيا على قذفه أو سبه سواء كان صادقا أو كاذبا فيما قال .

هذا هو مبدأ القانون المصري وهو نفس المبدأ الذي تأخذ به القوانين الوضعية بصفة عامة ، وهذه هي مستثنيات المبدأ في مصر ، وهي لا تكاد تختلف كثيرا عما في معظم القوانين الوضعية .

والعيب الفني في نصوص القانون المصري هو التناقض الظاهر وانعدام الانسجام . فبينما المبدأ الاساسي يقوم على حماية الحياة الخاصة للافراد ، اذا بالاستثناءات تقوم على اباحة الحياة الخاصة والعامة ، وبينما المبدأ الاساسي هو تحريم القول الصادق والكاذب على السواء ، أذ ببعض الاستثناءات تبيح القول الصادق فقط ، وبعضها يبيح القول الصادق والقول الكاذب معا ، وليس بعد هذا تناقض ولا اضطراب .

والعيب الخلقي الاجتماعي ان القانون حين قرر حماية الحياة الخاصة للافراد قد قضى بافساد الحياة العامة للجماعة ، لان الأفراد هم الذين يكونون الجماعة ، واذا صلحوا صلحت الجماعة ، ولا يمكن أن يتصور وجود جماعة صالحة أفرادها فاسدون . ولا شك أن حماية حياة الافراد الخاصة يؤدي الى فساد أخلاقهم ، وهدم الوازع الادبي في نفوسهم ، فمن يحاول أن يوجد جماعة صالحة من هؤلاء قبل اجتثاث الفساد من نفوسهم ، فهو كمن يحاول اقامة بيت من لبنات تالفة غير متماسكة . فلا يكاد ينتهي من بنائه حتى يخر عليه من السقف أو ينتقض من القواعد .

أما المبدأ الاساسي للجرائم القولية في الشريعة فأساسه تحريم الكذب والافتراء ، واباحة الصدق في كل الاحوال ، ولذلك فلا عقاب في الشريعة على من يقول الحق ، ولا مؤاخذة على من يسمى الاشياء بمسمياتها ،

والموصوفات بأوصافها ، لا عقاب على من يقول للزاني يازاني اذا أثبت أنه زان ، ولا عقاب على من يقول للسارق انك سارق اذا أثبت أنه سارق ، ولا عقاب على من يقول للكاذب انك كاذب اذا لم يعد قول الحق .

وليس لهذا المبدأ استثناءات ما ، فكل انسان يستطيع ان يطعن في أعمال الموظفين العموميين والنواب والمكلفين بخدمات عامة ، وينسب اليهم عيوبهم ما دام يستطيع اثبات مطاعنه ، وله أن يتعدى اعمالهم العامة الى أعمالهم وحياتهم الخاصة ما دام يستطيع اثبات مطاعنه ، وليس لهم ان يتضرروا من عيوبهم ولا من الصفات القائمة في اعمالهم أو أشخاصهم .

ولم تحم الشريعة الاسلامية الحياة الخاصة للموظفين العموميين ومن في حكمهم كما تفعل القوانين الوضعية ، لأن الشريعة لا تحمي النفاق والرياء والكذب ولأن الشخص الذي لا يستطيع أن يسير سيرة حسنة في حياته الخاصة ليس أهلا في نظر الشريعة لان يتولى شيئا من أمور الناس في حياتهم العامة .

وكل انسان في وقت الانتخاب وفي غير الانتخاب يستطيع طبقا للشريعة أن يقول للمحسن هذا محسن ، وللمسيء هذا مسيء ، ما دام يستطيع أن يثبت اساءة المسيء ، وكل انسان سواء كان عضوا في البرلمان او في أية هيئة أخرى ، أو كان عاطلا من عضوية الهيئات على الاطلاق ، له الحق في أن ينسب ما يشاء الى من شاء ، ما دام يستطيع أن يثبت ما ينسبه الى هؤلاء . فليس في الشريعة كما في القانون ما يدعو الى تحليل الصدق في وقت الانتخابات ، وتحريمه في غير ذلك من الأوقات ، لأن الشريعة توجب الصدق على الدوام ، ولا تحرمه في أي ظرف من الظروف أو زمن من الأزمان .

وليس في الشريعة كما في القانون ما يدعو الى تحليل الصدق والكذب

معا لأعضاء البرلمان والمتقاضين ، لان ذلك يجعل الصدق والكذب بمنزلة سواء ، والشريعة توجب الصدق كل الوجوب وتحرم الكذب كل التحريم فلا تجمع في حكم واحد بين المتناقضين ، ولان أعضاء البرلمان هم أهل الرأي والشورى ، فاذا أحل لهم الكذب وأمنوا العقوبة عليه ، كانوا أقرب الى مظنة الوقوع فيه ، وما قيمة الرأي والمشورة من قوم يظن فيهم أنهم لا يصدقون في كل الاحوال ؟ ولان الشريعة الاسلامية تقوم على المساواة . وفي تمييز أعضاء البرلمان والمتقاضين خروج على مبدأ المساواة .

هذا هو مبدأ الشريعة الاسلامية في الجرائم القولية يقوم على ألصدق وتحريم الكذب ، ويقوم على المساواة والمنطق والاخلاق الفاضلة ، ويرمي الى اصلاح الجماعة وتقويمها ، وتشجيع الصالح وكبت الطالح ، وتربية الافراد على الأخلاق الحسنة ، ورفع مستوى الفضيلة بين الجماعة ، وشتان بين هذا المبدأ في قوته وصلاحيته ، وبين مبدأ القانون في ضعفه وتهافته .

٢٤١ — الاغنياء والفقراء :

لا تفرق الشريعة بين الاغنياء والفقراء فهم لدى الشريعة سواء ، وقواعد الشريعة لا تسمح أن يستفيد الغني من غناه أو أن يضارّ الفقير بفقره ، ولهذا لا تعترف الشريعة بنظام الضمان المالي او ألكفالة ألماليــة إذا كانت العقوبة الحبس لا لشيء الا لأنه نظام يقوم على غير المساواة .

والمعروف في الشريعة هو نظام الكفالة الشخصية ، ويطبق في حالة الحبس للدين ، فمن كان محبوسا لدين جاز أن يفرج عنه اذا كان له كفيل ولا شك أن كل محبوس لدين يستطيع ان يجد شخصا يكفله، لان الحبس للدين لا يكون الا عند الإمتناع عن الدفع مع القدرة عليه ، ولكن كل محبوس

لا يستطيع أن يدفع فورا قدرا من المال • أما الحبس في الجرائم على ذمة التحقيق والمحاكمة فيراه بعض الفقهاء نوعا من التعزير ، أي عقوبة اقتضتها حالة الاتهام التي نزلت بالمتهم ، ويترتب على اعتبار هذا النوع من الحبس عقوبة أنه لا يمكن اخلاء سبيل المتهم بكفالة شخصية ؛ لان الكفالة لا تقبل في العقوبة • ويرى بعض الفقهاء أن الحبس في هذه الحالة حبس للاحتياط [1] — ٣٩٠ — وليس عقوبة ، وعلى هذا الاساس تجوز فيه الكفالة الشخصية ، ولا شك أن كل محبوس حبسا احتياطا يستطيع أن يجد له كفيلا ولكن كل محبوس لا يستطيع أن يدفع ضمانا ماليا • وسواء اعتبرنا الحبس تعزيرا أو احتياطا فان قبول الكفالة الشخصية أو عدم قبولها أساسه المساواة التامة بين الافراد •

٢٤٢ — الظاهرون في الجماعة : —

لا تميز الشريعة الاسلامية بين الأفراد ، فهم لدى الشريعة سواء ، فالحاكم كالمحكوم ، والشريف كالوضيع ، والقوي كالضعيف ، والنابه كالخامل • وقد عاتب الله رسوله عتابا شديدا ؛ لأنه اهتم بأمر قادة قريش وسراتها أكثر مما اهتم بأمر فقير أعمى هو ابن أم مكتوم عمرو بن قيس ، جاء يسأل الرسول أن يعلمه مما علمه الله ، وكان النبي مجتمعا في هذا الوقت بصناديد قريش وسراتها يكلمهم في شأن الدعوة ، فكره أن يقطع عليه ابن أم مكتوم

(١) المدونة الكبرى ج ١٦ ص ١٤ ، ١٧ ، ١٨ — المبسوط للسرخسي ج ٢٦ ص ١٠٦ — شرح فتح القدير ج ٤ ص ١١٧ — نهاية المحتاج ج٧ص٢٨٤

٣٩٠ — وهذا هو أرجح القولين اذ لا تعزير الا مع ثبوت الجريمة أما قبل ثبوتها كما هو المفروض فلا يكون السجن المذكور تعزيرا •

كلامه — ٣٩١ — ، وظهرت هذه الكراهية في وجهه ، وأعرض عنه وهو يطمع في استمالة القوم ، فأنزل الله جل شأنه في ذلك الحادث قوله « عبس وتولى أن جاءه الاعمى ، وما يدريك لعله يزكي ، ويذكر فتنفعه الذكرى ، أما من استغنى ، فأنت له تصدى ، وما عليك ألا يزكى ، وأما من جاءك يسعى ، وهو يخشى ، فأنت عنه تلهى » [عبس : ١ — ١٠] .

وقد حرص الرسول صلى الله عليه وسلم على تطبيق مبدأ المساواه وعدم التمييز بين الافراد ، من ذلك أنه طبق هذا المبدأ يوم أن سرقت امرأة من أشراف قريش ، فتحدث الناس أن رسول الله عزم على قطع يدها ، واعظموا ذلك وكلموا فيها الرسول فقام خطيبا فقال : ما اكثاركم علي في حد من حدود الله ، وقع على أمة من اماء الله ? والذي نفسي بيده لو كانت فاطمة بنت محمد نزلت بمثل الذي نزلت به لقطع محمد يدها [١] .

وخاصم عبد من عامة الناس عبد الرحمن بن عوف وهو من كبار الصحابة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فغضب عبد الرحمن بن عوف ، وسب العبد قائلا : يا ابن السوداء . فغضب النبي أشد الغضب ، ورفع يده قائلا: « ليس لابن بيضاء على ابن سوداء سلطان الا بالحق » ، فاستخذى عبد الرحمن وخجل ، ورأى أن يعتذر للعبد أوضح اعتذار وآلمه للنفس . فوضع

---

(١) كتاب الخراج لأبي يوسف ص ٥٠ .

---

٣٩١ — لأنه (ص) كان يطمع في اسلام صناديد قريش وكان يرى (ص) أن الأهتمام باسلامهم أولى من اجوبة مسائل ابن أم مكتوم فلا يكون في الآية طعنا بالنبي (ص) هذا بناء على أن المراد بالآيات المباركة عتاب النبي (ص) واما بناء على أن المراد عتاب سواه كما في بعض الروايات فهي أجنبية عن النبي (ص) .

خده على التراب ، وقال للعبد : طأ عليه حتى ترضى .

وكلنا يذكر قصة جبلة بن الايهم ، فقد داس أعرابي على ازاره وهما يطوفان بالكعبة ، فلطمه جبلة ، فشكاه الاعرابي الى عمر بن الخطاب ، فأمر بالقصاص وعز على جبلة وهو شريف أن يقتص منه الاعرابي ، فهرب ولحق بأرض الروم وتنصر ، ثم أدركه الندم ، فقال مقالته المشهورة :

تنصرت الاشراف من أجل لطمة ما كان فيها لو صبرت لها ضرر

وكان عمر بن الخطاب حريصا على التسوية بين الأشراف والعامة ، وله في ذلك وقائع مشهورة (١) .

والقاعدة في الشريعة أن التعويضات لا ينظر فيها الى شخصية المجني عليه ، ولا مركزه ، ولا ثروته ، وانما يقدر التعويض على أساس نتيجة الفعل الذي وقع عليه ، فاذا قتل شريف وضيع فديتهما واحدة ، واذا أصيب عامل في شركة ومدير الشركة في حادث وترتب على الحادث أن فقد كل منهما ذراعا أو اصبعا عوض كل منهما تعويضا مساويا لتعويض الآخر .

٢٤٣ — المسلمون والذميون : —

وتسوي الشريعة بين المسلمين والذميين في تطبيق نصوص الشريعة في كل ما كانوا فيه متساوين ، أما ما يختلفون فيه فلا تسوي بينهم فيه : لأن المساواة في هذه الحالة تؤدي الى ظلم الذميين ، ولا يختلف الذميون عن المسلمين الا فيما يتعلق بالعقيدة ، ولذلك كان كل ما يتصل بالعقيدة لامساواة فيه ، والواقع انه اذا كانت المساواة بين ألمتساوين عدل خالص فان ألمساوأة بين المتخالفين ظلم واضح ، ولا يمكن أن يعتبر هذا استثناء من قاعدة

(١) راجع سيرة عمر بن الخطاب لابن الجوزي من ص ٩٥ الى ص ١٠٠ .

المساواة ، بل هو تأكيد للمساواة ، اذ المساواة لم يقصد بها إلا تحقيق العدالة ، ولا يمكن أن تتحقق العدالة اذا سوى بين المسلمين والذميين فيما يتصل بالعقيدة الدينية ، لأن معنى ذلك هو حمل المسلمين على ما يتفق مع عقيدتهم ، وحمل الذميين على ما يختلف مع عقيدتهم ، ومعناه أيضا عدم التعرض للمسلمين فيما يعتقدون ، والتعرض للذميين فيما يعتقدون واكراههم على غير ما يدينون . ومعناه أخيرا الخروج على قواعد الشريعة العامة التي تقضي بترك الذميين وما يدينون . والخروج على نص القرآن الصريح « لا اكراه في الدين » [البقرة : ٢٥٦] .

والجرائم التي تفرق فيها الشريعة بين المسلمين والذميين هي الجرائم القائمة على أساس ديني محض كشرب الخمر وأكل لحم الخنزير ، فالشريعة الاسلامية تحرم شرب الخمر وأكل لحم الخنزير ، ومن العدل أن يطبق هذا التحريم على المسلم الذي يعتقد طبقا لدينه بحرمة شرب الخمر وأكل لحم الخنزير ، ولكن من الظلم أن يطبق هذا التحريم على غير المسلم الذي يعتقد بأن شرب الخمر غير محرم وأن أكل لحم الخنزير لا حرمة فيه ، ولو طبقت قاعدة المساواة تطبيقا أعمى لأخذ الذميون بأفعال هي في معتقدهم غير محرمة وفي هذا ظلم بيّن ، فكان من العدل الذي أخذت به الشريعة نفسها أن قصرت التحريم على المسلمين دون غيرهم ، فالمسلم اذا شرب الخمر أو أكل لحم الخنزير ارتكب جريمة معاقبا عليها ، أما الذمي فلا يعتبر شربه الخمر وأكله لحم الخنزير جريمة — ٣٩٢ — .

---

٣٩٢ — ولكن التجاهر بشرب الخمر جريمة يعاقب عليها وهكذا التجاهر ببقية الكبائر في الشريعة الاسلامية لأن الذمي وقد التزم بأحكام الاسلام يجب عليه أن يمتنع عن التظاهر بمخالفة الاسلام ومخالفة

ولكن يعاقب الذميون على الجرائم القائمة على أساس ديني اذا كان اتيانها محرما في عقيدتهم ، أو يعتبر عندهم رذيلة • أو اذا كان اتيان الفعل مفسدا للأخلاق العامة ، أو ماسا بشعور الآخرين ، فمثلا شرب الخمر ليس محرما في عقيدة الذميين ولكن السكر محرم عندهم ، أو هو رذيلة ، فضلا عن أنه مفسد للأخلاق العامة ، ومن ثم كان الذميون معاقبين على السكر دون الشرب ، فمن شرب حتى سكر عوقب — ٣٩٣ — ، ومن شرب ولم يسكر فلا عقوبة عليه • والشريعة توجب الصوم على المسلم ، وترى في عدم الصوم معصية ، وفي التظاهر بالأفطار معصية ، ولكنها لا تعاقب على عدم الصوم إلا المسلم ، لأنه ملزم به طبقا لعقيدته ، ولأن غير المسلم ليس ملزم بالصوم ، لأنه لا يعتقد به ولو حمل عليه بالعقوبة ظلم وأكره على عمل مالا يعتقد ولا إكراه في الدين • أما التظاهر بالافطار فيعاقب عليه المسلم والذمي معا ، لان الذمي وقد التزم احكام الاسلام يجب عليه أن يمتنع عن كل ما يمس شعائر الاسلام وشعور المسلمين ، وهذا دون شك في استطاعته ، ولا يمس أي مساس بعقيدته ، والتظاهر بالافطار فيه مساس بشعيرة الصوم ، وبشعور الصائمين ، فاذا ما تظاهر الذمي بالافطار عوقب على تظاهره بالإفطار ، واذا لم يتظاهر فلا عقاب عليه ولو أنه مفطر ، لأن الصوم ليس واجبا عليه — ٣٩٤ — •

أحكامه وأن لا يعمل عملا يكون سببا لأفساد اخلاق المسلمين ومن البديهي أن التجاهر بالمعاصي الكبيرة قد يكون سببا لافساد أخلاق المسلمين وتجر بهم على مخالفة أحكام الاسلام •

٣٩٣ — اذا تجاهر به أو كان عندهم جريمة •

٣٩٤ — ان الصوم من الاحكام الشرعية التي يخاطب بها جميع المكلفين من مسلمين وغيرهم بناء على ما هو المشهور بين فقهاء المذهب الجعفري

٢٤٤ ـ ميزة للشريعة :

ويترتب على التفرقة في تطبيق نصوص الشريعة بين المسلمين والذميين أن تكون الجرائم في الشريعة قسمين : قسم عام يعاقب على اتيانه كل المقيمين في دار الاسلام ، وقسم خاص يعاقب على اتيانه المسلمون دون غيرهم ، ولا يمكن ان يقع الا منهم ، وأساس هذا القسم هو الدين .

وليس في القوانين الوضعية الحديثة ـ على ما أعلم ـ قانونا واحداً لم يسلك مسلك الشريعة من حيث جعل بعض الجرائم عاما يقع من كل الرعايا ، وبعضها خاصا يقع من بعض الرعايا فقط ، ولكن القوانين لاتجعل أساس التفرقة الدين .

وقد اضطرت الشريعة الاسلامية لسلوك هذا الطريق لتحقيق العدالة وتوفير حرية الاعتقاد ، والمحافظة على النظام ، وأساس النظام في الشريعة هو الاسلام . أما القوانين الوضعية فليس فيها ما يحمل واضعيها على سلوك هذا الطريق ، لأن القوانين تجرد عادة من كل ماله مساس بالعقائد والأخلاق والدين على العموم ، ويكتفى فيها بتحريم ما يمس الامن ، أو نظام الحكم . وقد أدت طريقة القوانين الى فساد الاخلاق وشيوع الفوضى ، والتحلل من كل القيود ، وأوجدت في الجماهير روح التمرد ، والاستعداد للخروج على قواعد القانون والاستهانة بها ، فكثرت الثورات والإنقلابات ، وصارت النظم

من كون الكفار مكلفين بالفروع كالأصول وانما لا تعاقبهم السلطة على ترك الصوم لان الصوم لا يصح من المكلف الا مع الإسلام ، ولما كان من لوازم الذمة ابقائهم على دينهم فلا تعاقبهم السلطة على مخالفة أحكام الشريعة الاسلامية .

تتغير يوما بعد يوم ، وكل نظام يلاقي مصير النظام الذي سبقه .

ولقد أوقع المشرعين الوضعيين في هذا الخطأ الفاحش أنهم أرادوا أن يحققوا المساواة ، ويطبقوا مبدأ حرية الاعتقاد ، فلم يروا وسيلة لتطبيق هذين المبدأين معا الا أن يجردوا القانون من كل ما يمس العقائد والأخلاق والأديان ، فأدى بهم هذا التطبيق السيء الى هذه النتائج المحزنة، ولو أنهم أخذوا بطريقة الشريعة الاسـلامية لضمنوا تحقيق ما شاءوا من مباديء ، ولمنعوا من وقوع هذه المساويء .

ولعل عذر المشرعين الوضعيين فيما حدث أن القوانين الوضعية كانت الى ما قبل الثورة الفرنسية تقوم على أساس ديني يراعى فيه مذهب الحاكم واعتقاده ، لا مذهب المحكومين جميعا وعقائدهم ، بحيث كان المخالفون في العقيدة يحملون حملا بسطوة القانون على اعتناق مذهب الحاكم أو عقيدته. وقد أدى هذا المسلك الى اثارة الشحناء والبغضاء بين أفراد الشعب ألواحد وإراقة الدماء وتعدد المذابح ، مما كان له رد فعل قوي حمل المشرعين أن يعالجوا هذه الحالة بتجريد القوانين الحديثة من كل ما يمس العقائد والاخلاق والأديان ، ولكن هذا العلاج أدى الى نتائج لا تقل سوءا كما رأينا ،ولاأظن أن هناك علاجا موفقا كالعلاج الذي ارتأته الشريعة ، فانه يؤدي الى الاخذ بمبدأي المساواة وحرية الاعتقاد ، كما يؤدي في الوقت نفسه الى الاحتفاظ بالقيم الاخلاقية والروحية وهي الاساس الاول في احترام ألشريعة القوأنين.

ويجب أن لا ننسى حين نقارن القوانين الوضعية بالشريعة الاسلامية ، أن الشريعة الأخيرة شريعة دينية أساسها الاسلام ، فلا يمكن بطبيعة الحال أن تتجه اتجاها يخالف الاسلام ، وأن الدين الاسلامي يعتبر النظام الاساسي للدولة بكل ما يشتمل عليه من صوم وصلاة وزكاة وحج وتوحيد ، وبكل

ما يوجبه ويحرمه ، وهو نظام لا يقبل التجزئة بطبيعته ، فليس من المستطاع الأخذ ببعضه وترك بعضه ، لان الاخذ ببعضه ، وترك بعضه هدم له . وقد فهم أصحاب الرسول صلى الله عليه وسلم هذا الوضع حق الفهم . فحاربوا مانعي الزكاة — ٣٩٥ — بعد وفاة الرسول واعتبروهم مرتدين ، مع أن المسلمين كانوا في أشد الحاجة الى المسالمة في هذا الوقت العصيب الذي انتفضت فيه شبه جزيرة العرب كلها على المسلمين — ٣٩٦ — .

فالشريعة اذن لا يمكن بأي حال أن تتخلى عن العقاب على الجرائم الدينية أو الاخلاقية ، لأنها تقوم على النظام الاسلامي ، ولأنها وجدت لحماية هذا النظام والمحافظة على مقوماته . فلا بد أن تحرم كل ما يمسه وتعاقب عليه .

ولا يصح أن يعتبر هذا عيبا في الشريعة الاسلامية ، لأنه صفة أساسية لاصقة بكل نظام أقيم أو يقام على وجه الأرض ، فكل نظام له أسسه التي يقوم عليها ، ومقوماته التي لا يستمر بغيرها ، ولا يمكن أن يقوم أي نظام وضعي أو غير وضعي اذا أهملت أسسه ، وتجوهلت مقوماته . فالديمقراطية لها أسس معينة ومقومات خاصة ، وكل نظام من هذه الانظمة تختلف أسسه ومقوماته اختلافا ظاهرا عن أسس النظام الآخر ومقوماته ، ولا يمكن أن يعيش أي نظام من هذه الانظمة اذا أهملت بعض أسسه ، أو تجوهلت بعض

---

٣٩٥ — انما يحارب مانعوا الزكاة اذا انكروا وجوبها أو إمتنعوا من اخراجها أما اذا منعوها عن الدولة التي تطالبهم بها لاعتقادهم بعدم مشروعيتها وانما قسموها بنفسهم كما هو الحال في مانعي الزكاة بعد النبي (ص) فلا تجوز محاربتهم .

٣٩٦ — لم يثبت التاريخ الا انتفاض بعض أطراف الجزيرة لا جميعها على المسلمين .

مقوماته ، لأنه بهذه الأسس والمقومات وجد وعاش ، وتميز عن غيره من الانظمة ، ونحن نعلم أن كل نظام من هذه الانظمة الثلاثة يضع عقوبات قاسية على كل ما يمس أسس النظام ، أو يهدم مقوماته ، فلا عيب اذن على الشريعة اذا عاقبت على كل ما يمس النظام الذي قامت عليه، لأن ما تفعله الشريعة هو طبيعة لازمة لكل نظام يراد له البقاء والنماء والاستقرار ، واذا كانت الشريعة تعاقب على ما لا تعاقب عليه القوانين الوضعية فليس ذلك بشيء ، لانه يرجع الى تغاير النظم واختلاف طبائعها ، وما دامت اتجاهات النظم مختلفة وطبائعها مختلفة ، فلا يمكن ان تتفق فيما تحل وفيما تحرم ، والأمثلة على ذلك بارزة في الأنظمة الوضعية ، فالشيوعية مثلا تعاقب على الدعوة للنازية والديموقراطية ، والنازية تعاقب على الدعوة للديموقراطية والشيوعية والديموقراطية تحارب الشيوعية والنازية وتعاقب عليهما ، والملكية الفردية مباحة الى غير حد في البلاد الديموقراطية ، ولكنها جريمة في البلاد الشيوعية فاختلاف الافعال المحرمة في النظم لا يمكن أن يكون عيبا بذاته ، لأن قيمة النظام لا تقاس بما يحل وما يحرم ، ولا بعمومه وخصوصه وانما يقاس بما يؤدي اليه من اسعاد الجماعة ، ورقيها وتفوقها ، ونشر العدل والمساواة والتراحم بين أفرادها .

ولست أترك هذا الموضوع قبل أن أبين حقيقة مقررة في الشريعة الاسلامية لا يأتيها الباطل من بين يديها ولا من خلفها ، وهي أن الشريعة نصت على أفعال معينة واعتبرتها جرائم ، وأوجبت العقوبات عليها ، ولم تجعل لولي الامر حق العفو عن العقوبة أو الجريمة في بعض هذه الجرائم وهي الحدود والقصاص ، وجعلت له حق العفو عن الجريمة — ٣٩٧ — أو

---

٣٩٧ — مر علينا قريبا أنه لا معنى لعفو ولي الامر عن الجريمة الا اباحتها

العقوبة في بعضها الآخر . وهي جرائم التعازير . كذلك ترك لولي الامر أن يحرم كل الافعال التي تقتضي مصلحة الجماعة والنظام العام تحريمها — ٣٩٨ — . وأهم هذه الافعال هي الافعال التي تخالف روح الشريعة أو مبادئها العامة . فان رأى ولي الامر ان المصلحة تقتضي تحريم فعل معين حرمه — ٣٩٩ — وعاقب عليه بعقوبة تعزيرية . وحق ولي الامر في التحريم والعفو عن العقوبة أو الجريمة مقيد بالصالح العام والنظام العام . أي : النظام الاسلامي . وعلى هذا يمكن القول بأن كل الجرائم ذات الاساس الديني البحت لاخيار في العقاب عليها . لان الجريمة ان كانت حدا فلا محيص من العقاب عليها . وان كانت الجريمة تعزيرا فان العفو عن العقوبة أو الجريمة مقيد بمصلحة النظام الاسلامي . ولا شك أن العفو في كل الاحوال يتنافى مع هذا النظام — ٤٠٠ — . كذلك فان ولي الامر ملزم بتحريم — ٤٠١ — كل ما يتنافى مع روح الاسلام ومبادئه العامة وفرض عقوبة عليه . فسلطان ولي الامر في التحريم وعدم التحريم — ٤٠٢ — والعفو وعدم العفو مقرر لمصلحة النظام الاسلامي . وليس لمصلحة ولي الامر ولا لأية مصلحة أخرى . والعقوبة

ولا يحق لولي الامر أن يبيح ما حرمه الله .

٣٩٨ — أي المنع عنها في زمان خاص وفق ما تقتضيه المصلحة الالزامية وليس له أن يحرم شيئا تحريما مطلقا مالم يكن مستندا الى دليل شرعي .

٣٩٩ — بالمعنى الذي مر علينا قريبا .

٤٠٠ — ولكن قد تقتضي المصلحة الاسلامية مخالفة هذا النظام في بعض الاحوال .

٤٠١ — بالمعنى الذي ذكرناه آنفا .

٤٠٢ — أي في المنع عنه وعدم المنع عنه كما مر علينا قريبا .

المقررة للجرائم الدينية انما قررت لمصلحة النظام الاسلامي دون غيره ، وما كان مقررا لمصلحة نظام ما ، فلا يصح أن يجادل فيه من يريد اقامة هذا النظام ، ولا يصح أن يتهاون في شأنه القائمون على أمر هذا النظام ، ولا ضير في أن تخالف الشريعة الاسلامية القوانين الوضعية في العقاب على الجرائم الدينية ، فان الخلاف راجع الى اختلاف طبيعة النظم ، ولن يثني هذا الخلاف المسلمين عن تفضيل النظام الاسلامي على غيره من الأنظمة ، كما لم يثن الشيوعيين عن تحبيذ الشيوعية وتفضيلها على غيرها من الانظمة. مع أنها تخالف كل نظام وضعي أو سماوي وجد على وجه الارض حتى اليوم كما أنها لا تتفق مع طبائع الاشياء •

ولقد قلنا : ان الشريعة الاسلامية تقسم الجرائم الى جرائم عامة تقع من كل الرعايا ، وجرائم خاصة تقع من المسلمين دون غيرهم ، وان أساس هذه الجرائم الخاصة هو الدين ، وقلنا : ان هذا المسلك غير غريب على القوانين الوضعية في اتجاهها الحديث وان كانت لا تجعل أساس التفرقة الدين • وتفصيل ذلك أن القوانين الوضعية الحديثة لا تخلو من نصوص خاصة لا تنطبق الا على بعض الاشخاص أو بعض الهيئات ، كالنصوص التي تنطبق على القضاة دون غيرهم ، أو على المحامين أو الاطباء ، وهذه النصوص تحرم على بعض الاشخاص أو بعض الهيئات أفعالا معينة ، وتعاقب عليها بعقوبات خاصة ، وتحريم بعض الافعال على أشخاص أو فئات معينة يساوي ما فعلته الشريعة من عقاب المسلم على بعض الافعال المحرمة عليه دون غيره ومعنى ذلك أن القوانين الوضعية الحديثة قد اضطرت لحماية المصلحة الفردية والعامة أن تأخذ بالنظرية التي جاءت بها الشريعة الاسلامية من أربعة عشر قرنا لحماية مصالح الجماعة ونظامها العام •

٢٤٥ — هل تفرق الشريعة في العقوبة بين المسلم وغير المسلم ؟ : —

القاعدة في الشريعة أن من ارتكب جريمة عوقب بالعقوبة المقررة لها، واذا كانت الشريعة تحرم الفعل على فئة دون فئة للأسباب التي بيناها فيما سبق فان الشريعة لا تخص فئة بعقوبة دون فئة .

والعقوبات في الحدود مقدرة ، أي عقوبات ذات حد واحد لا تزيد ولا تنقص ، وليس للقاضي أن يستبدل بها عقوبات أخرى ، والعقوبات في جرائم القصاص مقدرة أيضا ، ولكن يصح أن تستبدل بها عقوبات أخرى اذا عفا المجني عليه أو وليه ، أو كان مانع شرعي من العقوبة ، وليس للقاضي حق الاستبدال ، وعليه أن يطبق العقوبة الاصلية اذا لم يكن مانع أو عفو، فان كان أحدهما طبق العقوبة البدلية . أما عقوبات التعزير فهي ذات حدين غالبا . وتقدير العقوبة متروك للقاضي — ٤٠٣ — ينزل بالعقوبة الى حدها الادنى أو يرتفع بها الى الحد الأعلى بحسب ما يرى من ظروف الجريمة وظروف الجاني .

وظاهر مما سبق أن طبيعة العقوبات في الشريعة لا تسمح بالتفريق في العقوبة بين فرد وفرد ، ولا مسلم وغير مسلم ، وأن لكل جريمة عقوبتها فمن ارتكب جريمة استحق عقوبتها سواء كان مسلما أو غير مسلم .

لكن هناك جرائم اختلف فيها الفقهاء على الشروط التي يجب توافرها في الجاني أو المجني عليه ، ليستحق الجاني العقوبة المقررة لهذه الجرائم. وهذا الخلاف قد يدعو غير الملم بالشريعة أو بأحكام المذاهب المختلفة الى

---

٤٠٣ — فيختار ما يكون رادعا للمجرم عن العود الى جريمته ومانعا لغيره من اقتفاء أثره .

الظن بأن الشريعة تفرق في العقوبة بين المسلم وغير المسلم . والجرائم ألمختلف عليها هي على وجه التحديد ثلاث : القتل العمد ، والزنا ، والقذف .

فأما القتل العمد فعقوبته في الشريعة هي القصاص ، ولكن مالكا والشافعي وأحمد لا يجيزون القصاص من المسلم اذا قتل الذمي ، وحجتهم ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ألا لا يقتل مسلم بكافر » أما أبو حنيفة فيرى القصاص من المسلم اذا قتل الذمي ، لأنه يفسر لفظ الكافر بأنه من لا عهد له — ٤٠٤ — فلا ينطبق على الذمي لانه ذو عهد ، ويتمسك بعموم النص الذي جعل القصاص عقوبة لكل قتل . فالخلاف بين الفقهاء هنا هو خلاف في تفسير نص ، ولا شك أن التفسير الذي يسوي بين المسلم والذمي هو التفسير الذي يستقيم مع عموم النص — ٤٠٥ — ومع التسوية بين الاثنين في الجرائم العامة .

---

٤٠٤ — هذا التفسير مخالف لاطلاق الرواية ولا ينافي عدم قتل المسلم بالكافر بالمساواة المدعاة لان الكافر لا يحق له السكنى في بلد المسلمين ولا طلب الحماية منهم الا بعد الالتزام بشرائط الذمة وأحكام الاسلام ومن جملتها أن المسلمين يحافظون على حياته ويؤدبون قاتله ويأخذون منه الدية ولكن لا يقتلون قاتله اذا كان مسلما ولما كان قد اقدم على السكنى في بلاد المسلمين ملتزما بجميع ما ذكرنا مختارا غير مجبر عليه فليس له الحق ان يطالب بالاقتصاص من قاتله اذا كان مسلما .

٤٠٥ — لابد من رفع اليد عن عموم ما دل على الاقتصاص بالخبر المذكور ونظائره لكونها اخص منه فتكون مفسرة له وتخصيصه بغير المسلم اذا قتل الكافر ولا يصح رفع اليد عن ظاهره للمحافظة على عموم العام . ولكن هذه الادلة الخاصة بأنه لا يُقتل مسلم بكافر ايضا مخصصة

وفي الزنا لا خلاف على عقاب الزاني غير المحصن، فالمسلم غير المحصن والذمي غير المحصن عقوبتهما واحدة وهي الجلد ، ولكن الفقهاء اختلفوا في الزاني المحصن ، فرأى أبو حنيفة أن الذمي لا يمكن أن يعاقب بالرجم وهو العقوبة المقررة للزاني المحصن ، وحجته أن من شروط الاحصان الاسلام فلا يمكن اعتبار الذمي محصنا ، ولذلك فعقوبته في كل الاحوال الجلد . أما المسلم المحصن فعقوبته الرجم . ورأى مالك والشافعي وأحمد أن الاسلام ليس شرطا في الاحصان — ٤٠٦ — ، ومن ثم فالذمي المحصن يعاقب عندهم بالرجم كالمسلم . فالخلاف بين الفريقين أساسه تفسير لفظ الاحصان.

والقذف من أركانه الاحصان لقوله تعالى : « والذين يرمون المحصنات» فاذا فسر لفظ الاحصان على أن من شروطه الاسلام ترتب على هذا التفسير — ٤٠٧ — أن يعاقب قاذف المسلم بعقوبة الحد وهي الجلد ثمانين جلدة . ويعاقب قاذف الذمي بالتعزير . والتعزير قد يكون جلدا أو حبسا

بما اذا لم يعتد قتل اهل الذمة والا فيقتل كما يذهب الى ذلك فقهاء المذهب الجعفري ويستندون في ذلك الى رواية اسماعيل بن الفضل عن الامام جعفر بن محمد الصادق (ع) الحاكمة بوجوب قتل من يعتاد قتل اهل الذمة .

٤٠٦ — والى هذا الرأي ذهب فقهاء المذهب الجعفري لعدم دليل على اشتراط الاحصان بالاسلام .

٤٠٧ — بل وحتى لو أنكرنا كون الاسلام من شروط الاحصان فلا يحد من يقذف كافرا لخبر اسماعيل بن الفضل عن الامام جعفر بن محمد الصادق (ع) وغيره من الاخبار .

أو غير ذلك وقد يكون أخف من عقوبة الحد وقد يكون أنكى منها ــ ٤٠٨ ــ .

وظاهر من مقارنة النتائج في هذه الجرائم الثلاث أن الامر لا يسير على نهج واحد ، ولا ينتهي بنتائج واحدة ، فاذا كانت النتيجة في القتل تخفيف عقوبة المسلم ، فقد كانت في الزنا تخفيف عقوبة الذمي ــ ٤٠٩ ــ ، وتشديد عقوبة المسلم . أما في القذف فقد تكون النتيجة في صالح الذمي وقد تكون ضده ــ ٤١٠ ــ . وهذه النتائج التي تنتهي اليها آراء الفقهاء تكفي بذاتها لدفع ما يمكن أن يظن من أن الشريعة تميز المسلم على غير المسلم في العقوبة ، كما أن هذه النتائج تؤيد ما قلناه : من أن المسألة ترجع الى تفسير النصوص والاختلاف على فهمها ، ولا ترجع الى ان الشريعة تميز فريقا على فريق .

٢٤٦ ــ مبدأ الشريعة في سريان النصوص الجنائية على الاشخاص : ــ

ويتضح مما سبق أن نصوص الشريعة تسري على كل الاشخاص ، ولا يعفى منها أي شخص مهما كان مركزه أو ماله أو جاهه او صفاته ، وان الشريعة تطبق مبدأ المساواة الى آخر حدوده ولا تسمح بتمييز شخص على شخص ، أو هيئة على هيئة ، أو فريق على فريق .

هذه هي نظرية المساواة في الشريعة الاسلامية ، وهذا هو تطبيقها في

---

٤٠٨ ــ الذي يذهب اليه كثير من علماء المسلمين أن التعزير ينبغي ان لا يصل الى مقدار الحد .

٤٠٩ ــ مر عليك سابقا النظر في ذلك .

٤١٠ ــ بناءاً على امكان أن يكون التعزير بقدر الحد وأقل وأكثر وقد تقدم الكلام في ذلك قريبا .

سريان النصوص الجنائية ، ولا شك أن الشريعة أجل من أن تقارن بالقوانين الوضعية في هــذا الوجه ، فالقوانين على ما استحدث لها من نظريات لاتزال أدنى مستوى من الشريعة ، ويستطيع كل منصف بعــد هذه المقــارنة التي عقدناها أن يقول : ان نظرية المساواة بلغت في الشريعة درجة الكمال المطلق ولكنها في القانون لا تزال كالطفل الذي يحسن أن يحبو ولا يستطيع أن يقف على قدميه .

فهرس الاصل

فهرس مفصّل لمحتويات التعليقة

تعليقات القسم الاول من الكتاب الاول

تعليقات القسم الثاني من الكتاب الاول

رقم التعليقة	موضوعها	رقم الصفحة
٢٨	الرأي السائد بين فقهاء الجعفرية في دية العمد	١٨١
٢٩	الرأي السائد بين فقهاء الجعفرية في دية الخطأ	١٨٣
٣٠	كيفية تقدير دية او ارش ما لم يحدد له الشارع دية او ارشا	١٨٤
٣١	كفاية النص على حرمة الفعل في اعتباره جريمة	١٨٦
٣٢	النهي دال على الحرمة من دون حاجة الى قرينة	١٩٠
٣٣	الامر يدل على الوجوب من دون حاجة الى قرينة	١٩١
٣٤	عدم ذكر العقاب على الفعل او الترك لا يكون قرينة على عدم الوجوب او الحرمة	١٩٢
٣٥	مناقشة لاستفادة المؤلف من بعض تعريفات الاصوليين لافعال المكلفين	١٩٢
٣٦	الالماع الى ما ذكره المعلق سابقا من اضافة جرائم اللواط والمساحقة والقيادة الى جرائم الحدود	١٩٣
٣٧	ادلة الحدود تمنع من اجتماع التعزير مع الحد	١٩٣
٣٨	انحصار العقاب بالكفارة دون التعزير فيما فيه كفارة وليس فيه حد	١٩٥
٣٩	الخلاف في حكم وطيء الزوجة في الدبر	١٩٦
٤٠	الخلاف في لزوم الحد على من سرق اكثر من ماله المشترك	١٩٧
٤١	لزوم الحد على الاب القاتل لولده وفي سرقه الفروع من الاصول	١٩٧
٤٢	احاله على فقرة (٣٨)	١٩٨
٤٣	الخبر الدال على عقوبة من افسد صومه بغير الجماع	١٩٩
٤٤	الاشارة الى خبر رواه الطوسي مناظر لرواية كعب بن عجره في	٢٠١

منشورات : قسم الدراسات الاسلامية في مؤسسة البعثة

توزيـــع : مؤسسة البعثة

العنـوان : ايران ـ طهران ـ شارع سمية تليفون٨٢١١٥٩